5

DaLvShiJiaoNi DaGuanSi

大律师教你打官司

合同债务纠纷案例

在我国历史上，判例作为一种重要的法律形式，曾经发挥了重要的作用。在特定的历史时期，其地位和作用甚至超过了法典。

戴玉龙 陈国强/策划

第2版

我们选择司法实践中一批**典型、疑难案例**，汇集成书，目的就在于此。希望这套案例丛书能够对广大法律工作者和一般读者**学习和掌握法律知识、处理法律纠纷、依法维护自身权益**，能够有所裨益。



大律师 DaLvShiJiaoNiDaGuanSi 教你打官司丛书

★

① 大律师教你打官司——借贷·担保纠纷案例
② 大律师教你打官司——交通事故纠纷案例
③ 大律师教你打官司——房产物业纠纷案例
④ 大律师教你打官司——婚姻家庭纠纷案例
⑤ 大律师教你打官司——合同债务纠纷案例
⑥ 大律师教你打官司——劳动关系纠纷案例
⑦ 大律师教你打官司——人身侵权纠纷案例
⑧ 大律师教你打官司——医疗侵权纠纷案例
⑨ 大律师教你打官司——生活消费纠纷案例
⑩ 大律师教你打官司——保险关系纠纷案例

★

律师评说的经典案例，百姓身边的法律宝典。



上架建议：法律普及读物

ISBN 978-7-5136-1877-9



定价：28.00元

DaLvShiJiaoNi
DaGuanSi

大律师

教你打官司

★

合同债务纠纷案例

戴玉龙 陈国强/策划
杨秋华 王连喜 编著

中国经济出版社
CHINA ECONOMIC PUBLISHING HOUSE

图书在版编目（CIP）数据

合同债务纠纷案例/杨秋华，王连喜编著. －2版

北京：中国经济出版社，2012.9

（大律师教你打官司丛书）

ISBN 978-7-5136-1877-9

Ⅰ.①合… Ⅱ.①杨… ②王… Ⅲ.①合同法—案例—中国 ②债权法—案例—中国 Ⅳ.D923.65 ②D923.35

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2012）第 219391 号

责任编辑 戴玉龙
责任审读 贺 静
责任印制 张江虹
封面设计 大象设计

出版发行 中国经济出版社
印 刷 者 北京市媛明印刷厂
经 销 者 各地新华书店
开　　本 880mm×1230mm 1/32
印　　张 12.125
字　　数 250 千字
版　　次 2013 年 1 月第 2 版
印　　次 2013 年 1 月第 1 次印刷
书　　号 ISBN 978-7-5136-1877-9/D·498
定　　价 28.00 元

中国经济出版社 **网址** www.economyph.com **社址** 北京市西城区百万庄北街 3 号 **邮编** 100037

本版图书如存在印装质量问题，请与本社发行中心联系调换（联系电话：010-68319116）

PREFACE

序言

在我国历史上，判例作为一种重要的法律形式，曾经发挥了重要的作用。在特定的历史时期，其地位和作用甚至超过了法典。朱熹曾言："大抵立法必有弊，未有无弊之法……"在司法实践中，为了弥补法典的不足，判例应运而生。从商周的御事、春秋的成事（《论语·为政》："子曰：成事不说，遂事不谏，既往不咎"）、战国的比、类，秦代的"廷行事"、汉代的"决事比"、唐代的法例到宋元的断例、明清的条例，古代判例实践如同古代法典的编纂一样，绵延不绝，表现出顽强的生命力。特别是清代，因案生例的制度正式确立，判例经过成案、定例、入律几个层次，最终以条文的形式融入法典，成为法典正文的附注。随着社会的发展，法典不断从司法实践中汲取营养，得以修正和完善。律例并行，例以辅律并发展入律的法制格局最终成熟。这在世界上都是独具特色的，具有相当高的科学性与合理性。

近代以来，以欧洲的法典法为模本的清末修律构成了对古代判例传统的第一轮冲击，但其后的北洋政府和国民政府时期，面对"残缺的法制状况与人民对完备的法律秩序的迫切需要之间的矛盾"和"新法与现实社会生活彼此脱节的矛盾"，北洋政府大理院和国民政府最高法院大量编纂和颁行判例，作为各级法院的审判依据。判例再度繁荣。虽然国民政府后来进行了大规模的立法活动，但判例在法律实践中仍具有重要地位，发挥着不可或缺的作用。

今天，我们建设社会主义法治，同样应当重视判例的作用。面对现有法律所不能涵盖的新型、疑难案件或机械地适用法律将导致不公正结果的情况，由法官灵活解释和适用法律，有针对性创制判例规则，是必

要的，也是可行的。判例还可以统一法律适用，加强和深化人们对法律条文的理解，对保障司法公正、增强人们的法制观念，都是十分有益的。早在2000多年之前，荀子就主张："有法者以法（法典）行，无法者以类（判例）举"。先哲的智慧，至今值得我们深味。其中阐明的法制建设的思路，在新时期仍有启发和借鉴意义。

我们选择司法实践中一批典型、疑难案例，汇集成书，目的就在于此。毛泽东同志在上世纪60年代就指示：在建立、健全社会主义法制的过程中，"不仅要制定法律，还要编案例。"希望这套案例丛书能够对广大法律工作者和一般读者学习和掌握法律知识、处理法律纠纷、依法维护自身权益，能够有所裨益。



CONTENTS

目录

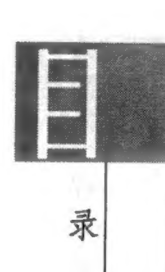
买卖合同

供用电、水、气、热力合同

赠与合同

借款合同

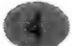
租赁合同



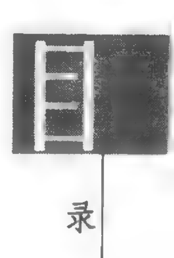
录

承揽合同

运输合同



保管合同

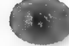


委托合同

保险合同

旅游合同

附　录



买卖合同



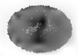
1. 经营者标高价格后降价销售的，顾客能否要求赔偿？

【案情】

2005年国庆节期间，某商场为庆祝开业一周年，举行让利酬宾活动。该商场在报纸上发布降价广告，宣布该商场的部分产品降价销售。在广告上，有产品名称和价格（包括原价格和优惠价）。其中，某型号洗衣机原价2000元，现价1500元。当地居民毛海仁看到广告后，即到该商场购买。但不久之后，毛海仁即从朋友处获悉：早在国庆节之前，其所购型号洗衣机的售价就是1500元，自8月份起，该型号洗衣机的销售价格即已从2000元降至1500元。毛海仁认为该商场存在欺诈行为，向其提出索赔要求，而商场以其不存在欺诈行为，毛海仁曲解了广告的内容为由拒绝赔付。毛海仁向当地人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 毛海仁提出，“原价”在目前我国市场价格领域中有其特定的含义，根据国家有关部门的规定，原价就是降价行为前的实际销售价，而某商场所销售的洗衣机自8月份起即已降至1500元，其原价应是国庆节降价销售之前的实际销售价。商家虽有权在降价时段结束之后，决定恢复2000元的价格，但事实表明，从8月份降价起，此型号洗衣机的价格一直为1500元，在此期间没有恢复2000元的价格。根据《价格法》的有关规定，该商场的行为属于虚假降价的价格欺诈行为。请求人民法院依法判决解除双方之间的洗衣机买卖合同，并由商场增加相当于洗衣机



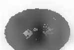
价款一倍的赔偿。

■ 商场提出，“原价”在现代汉语中的意思是“原来的价格”，毛海仁所购洗衣机型号在国庆节降价广告发布之前，统一售价就是2000元。8月份，该型号洗衣机进行了一段时间的降价销售，以扩大销路，占领市场。这一降价有特殊的市场背景和销售时段，并不意味着此后一直以此价格销售，该商场有权随时恢复原价。因此，该商场不存在欺诈行为，不同意毛海仁的诉讼请求。



【律师点评】

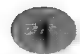
《合同法》第54条第2款规定：“一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。”《消费者权益保护法》第49条规定：“经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的1倍。”在本案中，某商场发布的降价广告内容确定，对其自身具有约束力，符合要约的规定，应视为要约，毛海仁依约购买了洗衣机为承诺，此时双方之间的洗衣机买卖合同成立。而双方在缔结合同过程中，商场明显构成价格欺诈。因为“原价”在目前我国市场价格领域中有其特定的含义，根据国家有关部门的规定，原价就是降价行为前的实际销售价，而该商场在国庆节发布降价广告，其中的原价应是国庆节之前的实际销售价。商家虽有权在原降价时段结束之后，决定恢复2000元的价格，但事实表明，从8月份实行降价销售起，此型号洗衣机的价格一直为1500元，在此期间没有恢复2000元。根据《价格法》的有关规定，该商场的行为属于虚假降价的价格欺诈行为。根据《合同法》第54条的规定和《消费者权益保护法》第49条的规定，毛海仁可要求商场承担损害赔偿责任，并由被告增加赔偿其受到的损失。



但这种赔偿是什么性质的赔偿，存在不同的意见。第一种意见认为商场应当承担侵权损害责任。根据《消费者权益保护法》第8条的规定，“消费者享有知悉其购买、使用的商品或者接受的服务的真实情况的权利”，即“知悉真情权”。经营者发布欺诈性的价格广告，无疑将侵犯消费者知悉商品价格的真实情况的权利，使其知情权遭到损害。因此，经营者应承担的是侵权损害赔偿责任。第二种意见认为，毛海仁向某商场购买洗衣机，双方之间产生买卖合同关系。《合同法》第54条规定，以欺诈手段订立的合同为可变更、可撤销合同，受损害方有权请求人民法院变更或撤销。既然合同被撤销，过错方承担的赔偿责任应是合同责任。第三种意见认为，经营者承担的应是缔约过失责任。因为该商场以存在价格欺诈的广告宣传，使毛海仁基于对其的特殊信赖而订立了购买洗衣机的合同。所以，商场违反了先合同义务，应当承担缔约过失责任。

根据侵权行为法理论，侵权行为侵害的不仅是他人的合法权益，而且侵害的是公民的绝对权，这种权利是权利人无须经义务人实施一定的行为即可实现的权利，包括财产权和人身权。显然消费者的知情权并非绝对权，而是非绝对权，是法律规定的无给付义务之债，只产生在特定的权利义务人之间，即经营者和消费者，故第一种意见是错误的。第二种意见显然也是错误的，合同责任承担的前提是依合同确定的权利义务承担责任，应以合同的成立生效为前提。第三种意见是正确的，所谓缔约过失责任，是缔约人故意或过失地违反先合同义务时所依法承担的民事责任。所谓先合同义务，是自缔约人双方为签订合同而互相接触磋商开始逐渐产生的注意义务，包括互相协助、互相照顾、互相保护、互相通知、诚实信用等义务，这些义务均以诚实信用原则为基础。

缔约过失责任的构成要件有以下四方面：（一）缔约过失责任必须发生在合同的订立过程中。缔约过失责任发生在合同的订立过程中，或者在合同已经成立但因为不符合法定的合同生效要件而被确认为无效或被撤销的情况下。（二）必须有缔约过失行为。造成缔约过失责任的行



为主要是：(1)假借订立合同的名义，以损害对方利益为目的，恶意磋商的行为。所谓恶意磋商，即是指一方当事人在无意与对方达成协议的情况下，为了达到损害对方利益的目的，假借订立合同的名义，开始或继续进行谈判的情况。这属于一类比较严重的缔约过失行为，因为这种行为主要是由行为人的故意造成的，其目的在于为了损害对方的利益，拖延时间，造成对方在市场竞争中的不利地位。(2)通过隐瞒反映当事人或合同本意的应予披露的事实以取得在合同规定的权利义务上的优势等行为。(3)其他违背合同的诚实信用原则的行为。主要表现为以下几种情况：①一方当事人有意或由于疏忽使对方当事人对所谈合同的性质或条款产生误解；②歪曲事实使对方违背自己的真实意愿作出行为。(三) 当事人主观上必须有过错。因此也可以说缔约过失责任是一种过错责任。(四) 必须给对方当事人造成了损失。缔约过失责任的承担以给对方造成了实际的损失为限。

在本案中，某商场以存在价格欺诈的广告宣传，使毛海仁基于对其的特殊信赖而订立了购买洗衣机的合同。所以，该商场在缔约合同过程中故意违反了先合同义务。在得知该商场的欺诈行为后，毛海仁提出撤销合同，赔偿损失，并依《消费者权益保护法》的规定请求增加赔偿的数额是符合法律规定的，应获支持。

2. 未办理牌照的车辆能否买卖?

【案情】

马玉生在某外企工作，由于工作单位离家较远，一直考虑买车代步。2004年4月，经过多方比较，马玉生在桑塔纳汽车销售站购买了一辆桑塔纳2000型轿车。在准备给车辆上牌照的时候，马玉生的女儿在学校组织的体检过程中被查出患有先天性疾病，需要大笔的医疗费用。为给女儿筹措医疗费，马玉生将刚刚购买的小轿车出让。经朋友介绍，马玉生将未办理牌照的小轿车转让给郭明义，双方签订了买卖合同。合同签订后，马玉生将车辆交付给郭明义试用。在试用期间，郭明义反悔，不愿支付车款，提出解除车辆买卖合同，遭到对方的拒绝。2004年8月，马玉生在多次要求郭明义支付车款未果的情况下，向人民法院提起诉讼，要求郭明义履行车辆买卖合同。

【争鸣】

■ 马玉生提出，合同效力的确认必须以法律规定为依据。在本案中，当事人双方均为完全民事行为能力人，买卖汽车的意思表示真实并实际交付，且不损害国家、社会公共利益和他人利益，符合民事法律行为的要件。当事人讼争的车辆虽然是未办理牌照的新车，但现行法律、行政法规并没有规定新车在无牌照的情况下不得买卖或转让。机动车辆在未上牌之前，由于尚未投入正常使用，故在法律上应视为一般意义上的物，而非特定的交通运输工具。依据《合同法》第44条、第52条的规定，当事人买卖汽车，虽未经登记注册及办理过户手续，但并无违反法律、行政法规强制性规定的情形以及其他无效要件，故购车协议有效，

对双方当事人有法律约束力。自己已经履行车辆交付义务，无过错；郭明义未履行给付购车款义务，应承担过错责任，按约定支付购车款。

■ 郭明义提出，当事人讼争的车辆未经登记注册、办理牌照及过户手续，为私自买卖，双方所签协议无效。因此，对马玉生要求自己支付购车款的请求应当不予支持。



【律师点评】

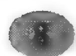
本案的车辆买卖合同是有效的。辩方认为车辆未办理牌照和过户手续，因此，应当认定合同无效的意见没有法律根据。马玉生已按合同约定履行转移交付车辆的义务，郭明义即应当按约定履行其支付购车款的义务。

《道路交通安全法》第8条规定："国家对机动车实行登记制度。机动车经公安机关交通管理部门登记后，方可上道路行驶。尚未登记的机动车，需要临时上道路行驶的，应当取得临时通行牌证。"第9条规定："申请机动车登记，应当提交以下证明、凭证：(一)机动车所有人的身份证明；(二)机动车来历证明；(三)机动车整车出厂合格证明或者进口机动车进口凭证；(四)车辆购置税的完税证明或者免税凭证；(五)法律、行政法规规定应当在机动车登记时提交的其他证明、凭证。公安机关交通管理部门应当自受理申请之日起五个工作日内完成机动车登记审查工作，对符合前款规定条件的，应当发放机动车登记证书、号牌和行驶证；对不符合前款规定条件的，应当向申请人说明不予登记的理由。公安机关交通管理部门以外的任何单位或者个人不得发放机动车号牌或者要求机动车悬挂其他号牌，本法另有规定的除外。机动车登记证书、号牌、行驶证的式样由国务院公安部门规定并监制。"此即车辆的登记注册或办理牌照的规定。

该规定表明，新车要取得上路行驶的资格，必须经主管机关检验合

格，并领取牌号、行驶证，否则，不能上路行驶。显然，这是对购车人在购车后应当履行的一种行政管理方面的行政义务的要求，是购车人对行政主管机关所负的一种单方义务，并不是车辆买卖合同双方当事人共同的义务，这是交通管理、车籍管理的内容。虽然购车人在办理牌照时也应当交验买卖合同及购车发票，但此仅属办理牌照必要的手续，不是对合同的批准、登记手续。《合同法》第44条第2款所规定的依“法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的”合同，并不包括本案这种合同关系。哪种合同是“应当办理批准、登记”等手续才生效的合同，必须有法律、行政法规明文规定，目前还没有哪一个法律或行政法规规定新车买卖合同的签订要经第三方批准或者登记才能生效。《合同法》的上述规定是合同管理的内容，与交通管理、车籍管理的性质和内容完全不同。辩方意见显然混淆了这种差别。

另外，尚未上牌照的新车买卖，无论是生产商卖给经销商，批发商卖给经销商，还是经销商卖给用户，都不存在所谓的过户问题。一般所说过户，均是指已上牌照的车辆转让时应办理的一种手续。所以，在本案中，当事人双方买卖尚未上牌照的新车，不存在要办理过户手续的问题。其次，机动车的买卖确实存在“限制”或“禁止”转让的问题，但该限制或禁止是对二手车或超过一定年限或行驶一定里程的报废车的，也可能针对未能通过生产许可或进口许可的新车，只要当事人买卖的车辆不在这些范围之内，就不可能以买卖的车辆属“法律、行政法规禁止或者限制转让的标的物”为理由，认定其买卖合同无效。再次，买卖合同直接追求的目的就是所有权转移，机动车为动产，应依动产所有权转移的一般原则来确认其所有权转移。这个一般原则是交付转移或依当事人约定的方式转移。所以，机动车买卖的标的物所有权转移是以交付或约定方式的完成来认定的。同时，车辆管理部门车籍管理中的登记，从来都不属所有权登记的性质，法律上从来都没有要求机动车应当进行所有权登记，机动车转让中的过户仅是车籍管理的要求；即便是所有权登



记的性质，所有权登记也仅是物权取得的要求，也不能认定为是买卖合同生效的条件。

综上所述，尚未上牌照的新车买卖，既不涉及登记注册问题，也不存在办理过户手续的问题，且该两问题又均不是认定合同效力的条件，该种新车买卖合同的效力应仅受标的物是否属法律、行政法规“禁止或者限制转让”的约束。只要没有这方面的限制，当事人之间买卖尚未上牌照的新车的行为就是有效的。在本案中，马玉生与郭明义的新车买卖行为合法、有效。



3. 未办理过户登记，房屋买卖合同是否有效？

【案情】

张辉与经销某楼盘的某公司签订了房屋买卖合同。合同约定：某公司将三居室一套售于张辉，价款 40 万元，并约定该房屋于 2009 年元旦前交付使用。此后，张辉先后向某公司支付购房款人民币 30 万元。至交房日，某公司因故未能交付房屋。2009 年 2 月初，某公司通知张辉办理房屋交接验收手续，但张辉未办理。此后，张辉诉至法院，称该合同未按法律规定办理过户手续，不具备法律效力，请求人民法院判决解除其与某公司的房屋买卖合同，并主张某公司返还购房款人民币 30 万元并承担至还款日的利息损失。

【争鸣】

■ 原告张辉诉称，该房屋买卖合同未办理过户手续，属于无效合同。请求人民法院判决解除合同，某公司返还房款和赔偿利息损失。

■ 被告某公司辩称，该合同虽未办理过户手续，但房屋过户手续只是房屋所有权移转的要件，而非合同有效的要件，该合同应为有效。某公司虽然存在迟延履行合同义务的情况，但尚不构成根本违约，双方应当继续履行合同。



【律师点评】

本案涉及到房产转让登记与房屋买卖合同成立、生效的关系。根据

《物权法》的规定，“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，应当依照法律规定登记”（第6条）；“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生效力；未经登记，不发生效力，但法律另有规定的除外”（第9条）。转让登记是房屋产权转让的生效条件。

但房屋买卖合同的生效与房屋产权转让的生效是不能等同的。房屋买卖合同的生效并不当然导致物权的变动；物权要变动，应当进行登记，未办理登记的，只导致物权不发生变动的后果，但并不影响合同的效力。例如，李四将房屋卖给张三，李四必须和张三签订一份房屋买卖合同，签订合同的行为是一个债权行为，是引起李四的房屋归属于张三所有（物权变动）的前提，物权法理论上叫做物权变动的“原因行为”。但是，由于不动产物权的变动必须以登记为生效要件，因此，只有在进行变更登记后，李四的房屋才会变更为张三所有。换句话说，只有变更登记，物权才会变动，而李四与张三签订的买卖合同并不直接导致物权的变动。“登记”这一行为导致了不动产物权的变动，物权法理论上称之为“物权行为”。“原因行为”和“物权行为”的法律性质和法律后果都不同，必须明确予以区分。

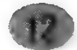
上述两个法律行为的效力规则是不同的：作为原因行为的买卖合同，它是否生效，应当依据合同成立的自身要件进行判断。买卖合同符合《合同法》规定的生效要件的，合同就生效。否则，就不生效，而它与是否进行物权登记无关。也就是说，房屋买卖合同是否有效须审查其合法性，只要具备合法性，合同即有效，就在当事人之间产生法律约束力。《合同法》第44条规定：“依法成立的合同，自成立时生效。法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。”根据《合同法》的规定，合同生效的要件包括：第一，合同主体要合法，即自然人、法人或者其他组织必须有与订立合同相适应的民事行为能力；第二，行为人订立合同是意思表示真实；第三，合同内容不违反法律和社会公共利益。

相反，作为物权变动的结果行为，它是否生效，应当依据物权变动的规则来判断。由于不动产物权的变动以登记为生效要件，因此，要发生不动产物权变动的结果，就必须进行登记。所以，《物权法》第15条规定："当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。"最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第9条规定："法律、行政法规规定合同应当办理登记手续，但未规定登记后生效的，当事人未办理登记手续不影响合同的效力，合同标的物所有权及其他物权不能转移。"

因此，房屋买卖合同是房屋买卖行为的基础。房屋买卖的行为可以分为两个阶段，一是签订有效的房屋买卖合同，二是实施该合同。因此，房屋买卖合同的效力问题存在于第一阶段，产权变动登记问题存在于第二阶段，因为登记是移转房屋产权的要件，是实施合同内容、转移房屋所有权的方式。一个完整的房屋买卖行为是双方签订了一个有效的房屋买卖合同（第一阶段），并履行完了该合同，一方支付了房价，另一方交付了房屋，房屋在法律上的交付体现为过户登记，也就是办完了过户登记手续（第二阶段）。

过户登记是合同有效的结果，而不是合同是否有效的要件。因此，房屋产权登记和房屋买卖合同的效力的关系是房屋买卖合同有效，才能办理房屋产权过户登记，房屋买卖合同无效，合同不能履行，就不能办理产权过户登记。房屋买卖合同有效在前，房屋产权过户登记在后，房屋买卖合同的效力完全与是否登记过户无关，相反，它是登记过户的前提。本案中双方当事人均具有缔约能力，并已就某买卖达成一致协议，且买方支付了房款。既然某过户登记并非房卖卖合同的有效要件，该合同又是符合合同有效要件的，故该合同是合法有效的。

那么，某公司超过约定的期限交房，张辉是否有权解除合同呢？《合同法》第93条规定："当事人协商一致，可解除合同。当事人可以

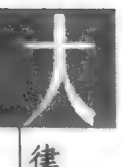


约定一方解除合同的条件。解除合同的条件成就时，解除权人可以解除合同。”《合同法》第 94 条规定：“有下列情形之一的，当事人可以解除合同：（一）因不可抗力致使不能实现合同目的；（二）在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；（三）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；（四）当事人一方迟延履行债务或者由其他违约行为致使不能实现合同目的；（五）法律规定的其他情形。”由此可知，合同的解除包括法定解除和约定解除。

合同的约定解除具有以下特点：首先，合同解除为一种法律行为。以解除权人一方的意思表示而成立，无须相对人承诺，故为单独行为。其次，解除为不要式行为，解除以解除的意思表示为相对人可能了解或达到相对人而生效。再次，解除为处分行为。最后，产生溯及以往的消灭合同的效力。合同如解除，视为自始未成立。而在法定解除的情况下，构成根本违约的迟延履行是解除合同的原因之一。根本违约通常表现为即使经过修改或补正，也无法实现债权人利益的情况。只有违约结果严重到合同目的无法实现即债权人利益无法实现的情况下，方认定为根本违约，也就是说合同违约，甚至后果较为严重，但是可通过修补或改正而达到合同目的的，亦不构成根本违约。

本案中，按合同约定某公司应于 2007 年元旦前交房，而其却于 2007 年 2 月初才通知张辉办理房屋交接验收手续，其行为显然已构成迟延履行。但某公司的迟延履行，并未给张辉造成利益损失，更不会使合同目的无法实现，不应认定为构成根本违约。由于迟延的期间不长，某公司在违约后采取了较为积极的态度，及时加以改正，使张辉的利益得以实现。如果允许张辉解除合同，反而会致使双方的目的无法实现。而且，解除合同将产生合同自始无效的后果，双方当事人的财产须恢复到订约前的状态，必将造成社会资源的浪费。再次，如果在此种未构成根本违约的情况下，允许张辉解除合同，也不利于维护市场经济的交易安

全和交易秩序，损害合同信守原则。因此，张辉不能以某公司的迟延交付构成根本违约为由主张解除合同。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第8条规定：“依照法律、行政法规的规定经批准或者登记才能生效的合同成立后，有义务办理申请批准或者申请登记等手续的一方当事人未按照法律规定或者合同约定办理申请批准或者未申请登记的，属于合同法第四十二条第（三）项规定的‘其他违背诚实信用原则的行为’，人民法院可以根据案件的具体情况和相对人的请求，判决相对人自己办理有关手续；对方当事人对由此产生的费用和给相对人造成的实际损失，应当承担损害赔偿责任。”该司法解释的规定不适用于本案的情况。在本案中，应认定该买卖某合同有效，双方当事人应继续履行合同，张辉可以基于某公司的迟延履行要求其承担违约责任。



4. 出卖人因买受人濒临破产而不履行合同的，是否构成违约?

【案情】

2005年6月，某机械厂与某纺织厂经过协商，签订了买卖合同。根据合同的约定，某机械厂向某纺织厂提供两条生产线，同时，由某机械厂负责送货、安装、调试。待调试完毕，经验收能够顺利运营生产后，某纺织厂在一个月内支付该两条生产线的全部费用。协议订立后，某机械厂遂组织人力物力，准备将机器设备运抵某纺织厂进行安装调试。但该厂从其他渠道得知，某纺织厂因为经营管理不善，导致资不抵债，已经面临破产的境地。为了保险起见，某机械厂便派工作人员到相关部门进行查询，结果证实了这一说法。考虑到自己在给其安装生产线后能否收回货款的问题，某机械厂便致电某纺织厂，表示因某纺织厂目前的经济状况不佳，合同有可能不能正常履行，因此通知某纺织厂暂且不为其安装这两条生产线，待某纺织厂经济条件有所恢复后，再组织人员进行安装。如果某纺织厂坚持要求现在安装，请某纺织厂提供担保。某纺织厂要求某机械厂履行合同义务未果，向人民法院提起诉讼，认为合同没有约定提保事项，某机械厂无故不履行合同义务，应承担违约责任并继续履行合同。

【争鸣】

■ 某纺织厂提出，某机械厂与某纺织厂签订了生产线合同，合同中约定了某机械厂负有先履行的义务，即将生产线运至某纺织厂并进行安装调试。在得知某纺织厂经济效益不景气的情况下，作为先履行义务的

一方不应该自行中止合同的履行。如果因为某纺织厂经济效益的原因导致某机械厂不能及时得到货款，其完全可以通过诉讼来解决问题，而不能擅自停止履行义务。某机械厂的这一行为已经构成了违约。

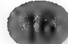
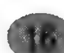
■ 某机械厂提出，自己的这一行为并不构成违约。面对某纺织厂资不抵债、濒临破产的现状，如果某机械厂仍然履行合同义务，将很有可能导致自己的合同权利得不到实现。为了保护自己的权益，某机械厂有权利中止履行合同义务，直到某纺织厂恢复履约能力为止。这一行为并不构成违约。



【律师点评】

《合同法》第68条规定："应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方有下列情形之一的，可以中止履行：（一）经营状况严重恶化；（二）转移财产、抽逃资金，以逃避债务；（三）丧失商业信誉；（四）有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。当事人没有确切证据中止履行的，应当承担违约责任。"第69条规定："当事人依照本法第六十八条的规定中止履行的，应当及时通知对方。对方提供适当担保时，应当恢复履行。中止履行后，对方在合理期限内未恢复履行能力并且未提供适当担保的，中止履行的一方可以解除合同。"上述法律规定赋予在合同法律关系中应当先履行债务的当事人的权利，被称为不安抗辩权。本案涉及到的法律问题即是不安抗辩权的问题。

不安抗辩权，又称为保证履行抗辩权，是指当事人互负债务，有先后履行顺序的，先履行的一方当事人有确切证据证明另一方当事人丧失履行债务能力时，有中止合同履行的权利。双务合同的一方当事人依约定应先履行其债务时，应先履行义务的一方当事人无同时履行抗辩权。合同成立以后，发现后履行一方当事人财产状况明显减少，可能危及先履行一方当事人债权实现时，如仍强迫应先履行义务的一方当事人先为

给付，则可能出现先履行的一方当事人履行了债务，自己的债权却无法实现的情形。这有悖于公平原则。法律为贯彻公平原则，避免一方当事人蒙受损失，特设不安抗辩权制度。

合同当事人行使不安抗辩权，应当符合下列条件：(1)须基于同一双务合同且具有对价关系的互负债务。没有对价关系的互负债务，不发生不安抗辩权。单务合同根本不存在互负债务，自然不会发生不安抗辩权。(2)须负有先履行义务的一方当事人才有权行使不安抗辩权。该点与后履行抗辩权正好相反。不安抗辩权是依照合同负有先履行义务的当事人，在对方当事人有不能为对待给付的现实危险时，暂时中止自己给付的行为。法律之所以如此规定，是为了维护先履行义务当事人的合法权益。(3)须先履行合同义务的当事人有确切证据证明对方当事人有不能对待给付的现实危险。合同有效成立后，后履行义务的当事人的财产状况恶化，且此种财产状况的恶化在双方当事人订立合同时不能为双方所知悉，致使后履行当事人履行能力丧失或者其他情况以致不能保证合同的履行，则先履行义务的当事人有权行使不安抗辩权。



合同当事人行使不安抗辩权，主要适用于以下情形：(1)经营状况严重恶化。这种情况并非当事人恶意所为，而是在经营中力所不及，或者经营不善而造成经营状况严重恶化的后果。经营状况严重恶化，该方当事人极有可能无力清偿债务，因此，先履行的当事人可以行使不安抗辩权。(2)转移财产、抽逃资金，以逃避债务。后履行债务的当事人在履行期届至前，转移财产，抽逃资金，以逃避债务，其意图是十分明显的。在这种情况下，先履行债务的当事人如果仍按照合同的约定先履行给付义务，则有可能使自己的债权不能实现，造成自己的损失。因此，先履行债务的当事人可以行使不安抗辩权。(3)严重丧失商业信誉。商业信誉是商家的生命，也是其经济能力的具体表现，是履约能力的具体体现。严重丧失商业信誉的商家，其履约能力必然受到影响，构成先期履约危险。对此，先履行债务的当事人可以行使不安抗辩权。(4)有其他丧失或

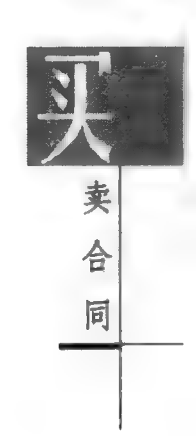
者可能丧失履行债务能力的情形。只要后履行债务的一方当事人表现出丧失或者可能丧失债务履行能力的情形，先履行债务的当事人就可以行使不安抗辩权。

当事人行使不安抗辩权，其法律效力主要包括：(1)暂时中止履行合同债务。一般来说，不安抗辩权是一种延期抗辩权。因为中止履行合同债务，只是暂时中止履行或者延期履行合同债务，而并非中止合同债务或者消灭合同债务。因此，如若应当后履行债务的一方当事人提供了适当担保或者作了对待履行，不安抗辩权就自行消失了。(2)解除合同。行使不安抗辩权的当事人中止履行后，对方在合理期限内未恢复履约能力，也未提供适当担保的，中止履行的一方可以解除合同。也就是说，如果对方未于合理期限内恢复履行能力或者提供适当担保，主张不安抗辩权的应当先履行债务的一方当事人即有权解除合同，消灭对方的请求权。

同时应当注意的是，为兼顾合同双方利益，法律在赋予应当先履行债务的一方当事人不安抗辩权的同时，又为主张不安抗辩权的应当先履行债务的当事人规定了两项附随义务：通知义务和举证义务。所谓通知义务，即主张不安抗辩权的应当先履行债务的一方当事人，应当及时通知对方。由于不安抗辩权的行使只取决于权利人一方的意思，无须征得对方的同意，为避免对方因不知应当先履行义务一方当事人中止履行的情形而蒙受损失，行使不安抗辩权的当事人应履行通知义务。所谓举证义务，即主张不安抗辩权的应当先履行债务的一方当事人应当举出对方有法定的不能履行债务情形存在的确切证据。这主要为了防止不安抗辩权的滥用，杜绝任意借口对方不履行债务或者有不能履行债务的可能而中止履行自己应当先为履行的债务。

在本案中，某机械厂与某纺织厂签订了生产线合同。该合同为双务有偿合同，合同的一方当事人某机械厂负有先履行合同的义务。在合同履行前，某机械厂得知某纺织厂面临经济危机，有可能会使合同无法履行。经过调查，这一事实被证明。根据《合同法》的上述规定，某机械

厂的做法是合理适当的，也履行了相应的随附义务，因此，其有权利中止履行合同规定的义务，不构成违约。这是行使法律赋予当事人的不安抗辩权利。如果某纺织厂不能为其履行合同义务提供担保，某机械厂有权解除合同。



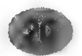
5. 小学生擅自实施的手机买卖行为是否具有法律效力?

【案情】

乔莉莉（12岁）是家里的独生女，上小学6年级。父母和爷爷、奶奶等都非常疼爱她。逢年过节，乔莉莉手里总少不了成百上千的零花钱。2005年7月某日，乔莉莉在学校里看到有同学拿着手机下载彩铃，动听的铃声让乔莉莉觉得非常神气，特别想拥有自己的一部手机。放学后，乔莉莉回到家里，瞒着父母取出了全部零花钱，跑到附近的某购物中心购买了一部手机，价值1600元。商场里出售的一款书包非常漂亮，乔莉莉用剩下的80元钱购买了一个书包。乔莉莉的父母发现女儿购买的手机和书包后，当即到购物中心要求退货，遭到拒绝。经多次协商未果，乔莉莉的父母以女儿的名义向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 乔莉莉的父母提出，最高人民法院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见(试行)》第3条规定："十周岁以上的未成年人进行的民事活动是否与其年龄、智力状况相适应，可以从行为与本人生活相关联的程度、本人的智力能否理解其行为，并预见相应的行为后果，以及行为标的数额等方面认定。"乔莉莉是一名小学生，只有12岁，属于限制民事行为能力人，因此，只能订立纯获利益的合同及与其年龄、智力、健康状况相适应的合同，与他人订立的其他合同只有经过父母的追认才能生效，否则不发生效力。乔莉莉到购物中心购买手机和书包，事先未经父母同意，事后也未得到父母的认可，而且交易价值较大，超出了其认识和判断能力的范围，与其年龄、智力状况不相适应。因此，请求确



认买卖合同无效，返还财产。

■ 某购物中心提出，购物中心工作人员并不知道乔莉莉是未成年人。而且书包是学生经常使用的学习用品，乔莉莉作为一名小学6年级学生，对购买书包行为的性质和后果具有判断能力；手机作为已经普及的通讯工具，与人们的日常生活息息相关，作为一名十几岁的孩子，对其也是有认识和判断能力的。而且，购物中心在与乔莉莉交易时没有欺诈行为，公平买卖。因此，乔莉莉与该购物中心订立的手机、书包买卖合同是双方的真实意思表示，合法有效。对方父母事后反悔，要求撤销合同，不应得到支持。





【律师点评】

我国《民法通则》第12条第1款规定："十周岁以上的未成年人是限制民事行为能力人，可以进行与他的年龄、智力相适应的民事活动；其他民事活动由他的法定代理人代理，或者征得他的法定代理人的同意。"最高人民法院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见(试行)》第3条规定："十周岁以上的未成年人进行的民事活动是否与其年龄、智力状况相适应，可以从行为与本人生活相关联的程度、本人的智力能否理解其行为，并预见相应的行为后果，以及行为标的数额等方面认定。"在本案中，乔莉莉年龄只有12岁，因此，她是限制民事行为能力人，只能订立纯获利益的合同和与其年龄、智力相适应的合同，她与他人订立的其他合同，为效力待定的合同。这些合同是否能生效，取决于其法定代理人（其父母）是否同意。未成年人订立的非纯获利益的合同和与其年龄、智力相适应的合同为效力待定的合同，是由法律直接规定的，其并不因相对人是否知情或是否有过错而改变，相对人不能据此主张这些合同有效。而且，相对人也不能以合同已经得到履行而主张合同已经生效。

那么相对人能否因为合同内容没有对限制民事行为能力人造成损害（比如在本案中，某购物中心提出在与乔莉莉时没有欺诈行为，公平买卖）而主张这些合同有效呢？虽然法律确定限制民事行为能力人所订立的这些合同为效力待定的合同，其宗旨在于保护限制民事行为能力人的利益，但并不能简单地认为，只要合同内容不损害限制民事行为能力人的利益，就认为合同有效。合同内容是否损害限制民事行为能力人的利益或符合限制民事行为能力人的利益，应当由其法定代理人来判定。法律之所以确定10岁以上的未成年人和不能完全辨认自己行为的人为限制民事行为能力人，就是认为他们对某些行为没有自己的判断，对这些行为的意识表示只能由其法定代理人代为进行。因此，不能因为合同的内容不损害或符合限制民事行为能力人的利益，就认为合同为有效。

但并不是所有限制民事行为能力人所订立的合同均为效力待定的合同，这取决于合同的内容是否纯获利益或与其年龄、智力和精神健康状况相适应。如果限制民事行为能力人所订立的合同为纯获利益的合同或是与其年龄、智力、精神状况相适应的合同，则该合同不为效力待定的合同，如果符合其他合同生效要件，合同自成立时，即生效；反之，该合同即为效力待定的合同。而判断合同是否与限制民事行为能力人年龄、智力、精神健康状况相适应，不能简单地看合同标的的价值大小，而应当根据限制民事行为能力人的具体情况分析。比如年龄大小、健康状况的好坏、受教育的情况、社会环境的影响等，这些可以作为判断合同是否与年龄、智力、精神健康状况相适应的依据，都是判断合同是否为效力待定的合同的标准。

在本案中，乔莉莉与购物中心订立的合同是否为效力待定的合同呢？显然，这些合同均不是纯获利益的合同，但是否为与其年龄、智力相适应的合同就值得进一步分析。首先，乔莉莉与购物中心之间买卖手机的合同为效力待定的合同。这是因为，手机作为特殊的商品，乔莉莉作为未成年人对其并没有判断能力，乔莉莉也因此不能对合同本身的性质、

内容和结果作出判断，这些都超出了其意识能力范围。对于手机买卖合同，其是否生效取决于其父母（法定代理人）是否同意。在本案中，乔莉莉的父母在合同成立前没有表示同意，在合同成立后也没有追认，合同不能生效。因此，购物中心应当返还手机价款。但乔莉莉与购物中心之间的书包买卖合同是有效力的。这是因为，乔莉莉作为一名12岁的小学生，对书包这种学习用品应当有基本的认识，对合同的性质、内容、结果也应当有判断力，这些并没有超出其意识能力范围。乔莉莉的父母不能因为他们没有同意其购买书包而认为合同不能生效。因此，乔莉莉与购物中心之间购买书包的合同为有效合同，购物中心不必返还书包价款。



6. 经营者否认假冒商品为自己出售，应否承担举证责任？

【案情】

2004年11月，欧阳春在举行婚礼前携未婚妻到某购物中心买首饰。在珠宝柜台前，欧阳春的未婚妻看中了一枚钻戒。欧阳春以5000元的价格将该钻戒买下。2005年3月，一次偶然的机会，欧阳春将钻戒交给朋友拿到某鉴定中心鉴定，鉴定结论出乎意料：该钻戒是假冒的。欧阳春当即找到某购物中心珠宝专柜要求赔偿。珠宝专柜的老板表示，该专柜出售的珠宝都是从正规厂家进货，绝对有信誉保障，不可能出现假冒商品，欧阳春的钻戒肯定不是从该专柜购买的。欧阳春向人民法院提起诉讼，请求判决某珠宝专柜赔偿自己的损失，同时向法庭提交了购物发票和鉴定结论作为证据。某珠宝专柜承认欧阳春在该专柜购买价值5000元的钻戒一枚属实，但认为该钻戒与欧阳春所持的假钻戒显然不是同一枚，因此拒绝承担赔偿责任。

【争鸣】

■ 欧阳春提出，自己有购物发票和专业的鉴定结论，足以证明自己从某珠宝专柜购买钻戒和该钻戒为假冒商品的事实。

■ 某珠宝专柜经营者提出，欧阳春提供的证据不足以证明该钻戒与从某珠宝专柜购买的钻戒是同一枚。如果原告不能提供相应的证据，就应当承担举证不能的责任，驳回其诉讼请求。



【律师点评】

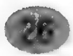
在本案中，当事人双方争议的焦点是欧阳春所持的经鉴定为假的钻戒是否为从某珠宝专柜购买的钻戒。无论是欧阳春还是某珠宝专柜，举证证明这一事实都是十分困难的。因此，在这种情况下，将该事实的举证责任判由谁承担，就意味着谁将承担举证不能的责任，面临不利的诉讼后果。

举证责任实际上是由两方面的内容组成的：一是当事人向法院提供证据的责任，即行为意义上的举证责任；二是辩论终结时，当事人因案件事实真伪不明而承担不利的诉讼后果的责任，即结果意义上的举证责任。在这两者当中，结果意义上的举证责任是实质所在，行为意义上的举证责任不过是结果意义上的举证责任的延伸。当事人主张某种有利于自己的事实是为了避免承担结果意义上的举证责任，理应由其承担行为意义上的举证责任。但结果意义上的举证责任不是随便发生作用的。只有当待证事实在已经穷尽一切合法、可能的证明手段之后仍然处于真伪不明的状态下时，结果意义上的举证责任才发生效力。首先，应当明白这里的穷尽一切合法、可能的手段，不仅针对当事人而言，即当事人应当尽力提供证据，促使法官心证的形成，而且也包括受案的法官。也就是说，法官不能片面地理解举证责任，将举证责任推向当事人，从而过于消极地面对待证事实。因为法官要努力形成心证，所以，适当地积极面对待证事实，全面审视案件，客观运用推理，对心证的形成应当说是必要的。其次，这里所说的真伪不明产生的前提条件是：原告提出了有力的本证；被告也提出了实质性的反证；对争议的事实有证明的必要，自认的、无争议的、众所周知的事实无须证明；用尽合法的、可能的证明手段，法官仍然无法获得心证；口头辩论用尽结束，而心证不足的情形仍然无法改变。只有这些条件同时成就时，结果意义上的举证责任才发生效力。同时，在这些条件中还包含了对证明标准的要求，即原告的



本证必须是有力的，必须达到使法官确信该事实的存在具有高度盖然性的程度。被告若想反驳、推翻原告的证据或使原告的证据处于难以采信的境地，也应当提出实质性的能动摇法官对高度盖然性确信的证据。如果仅仅是口头上的否认，而无有力的证据加以证明，纵然此时被告提出的主张看似难以查清，法官仍然应当认定原告主张的事实成立，而非真伪不明，结果意义上的举证责任不发生作用。

在本案中，欧阳春已经提供了证明自己主张的事实的有力证据。首先，欧阳春提供了购买钻戒时的发票，证明自己确实在一定的时间、地点与特定的对象有过交易行为；其次，欧阳春提供了某鉴定中心的鉴定结论，证明了自己的钻戒为假冒的主张。结合这两项证据和当事人双方的陈述（当事人双方均承认曾发生过购买钻戒的交易行为），得出欧阳春在某购物中心珠宝专柜购买的钻戒为假冒的结论是合乎情理的。这种盖然性依通常的认识是存在的，并且足以达到高度盖然性的证明标准。所以，欧阳春的主张初步成立。也就是说，此时欧阳春行为意义上的举证责任已经完成，行为意义上的举证责任已经转移到了珠宝专柜一方。那么，某珠宝专柜是否提供了足以推翻欧阳春所主张的事实的证据呢？某珠宝专柜的否认性主张包含有两层意思：一是否认欧阳春在某珠宝专柜处购买的钻戒是假冒商品。这是针对欧阳春提出的所购买的钻戒为假冒的事实主张的反驳；二是某珠宝专柜主张欧阳春所持的假钻戒与在该专柜购买的钻戒不是同一枚钻戒。这是一个有利于某珠宝专柜的新的事实主张。上述第一层意思的口头反驳与欧阳春提供的鉴定结论相比较，显然无法推翻欧阳春提供的证据。而某珠宝专柜提出的欧阳春所持的钻戒不是在该珠宝专柜购买的新事实主张，依照“谁主张，谁举证”，理应由某珠宝专柜承担举证责任。但某珠宝专柜没有提供任何证据来证明其主张的事实。由于某珠宝专柜没有完成已经转移到己方的行为意义上的举证责任，所以，结果意义上的举证责任不发生作用。欧阳春主张的事实成立，应当由某珠宝专柜承担不利的诉讼后果。



7. 为阻挠他人收购而恶意磋商，应否赔偿出让人的损失？

【案情】

罗卫东素与刘德敏不和。因此，当罗卫东得知陈光中要转让自己的服装店，并且价格非常优惠，而刘德敏也有意向购买时，罗卫东便想从中作梗，使刘德敏不能以那么优惠的价格购买陈光中的服装店。罗卫东虽然根本没有购买陈光中的服装店的意图，但还是与陈光中进行了谈判，并且罗卫东所出的价格比刘德敏的出价高出了10%。当陈光中与罗卫东谈到实质性问题——即何时签订合同时，罗卫东总是以自己还没准备好货源为由拖时间。面对这高价的诱惑，陈光中并没有把罗卫东的拖延时间放在心上，而是有意将服装店转卖与罗卫东，并与罗卫东进行了很长时间的谈判，也坚决拒绝了刘德敏的意向。然而，当刘德敏购买了另一家服装店后，罗卫东立即找到陈光中，表示自己因为资金周转的问题，暂时不想购买陈光中的店了。在这种情况下，陈光中错过了转让时机。由于陈光中急需资金，因此，陈光中只能以非常低的价格将服装店转让了。为此，陈光中认为在服装店的转让过程中所遭受的损失完全是由于罗卫东的行为造成的，要求罗卫东赔偿损失。罗卫东不同意。陈光中只得诉至法院。

【争鸣】

■ 陈光中提出，罗卫东在没有订立合同的意思的情况下，为了阻止竞争对手购买而假借订立合同的名义进行谈判，致使自己错过转让时机，

遭受了不应有的损失，违背了诚实信用的原则。根据《合同法》第42条的规定，罗卫东应当就自己所遭受的损失进行赔偿。

■ 罗卫东提出，自己虽然与陈光中进行了服装店转卖的谈判，但没有表示自己在任何条件下都一定要购买陈光中的服装店。对于陈光中的损失，是因为陈光中自己决策失误，错过转让时机，造成低价转卖，与自己无关。



【律师点评】

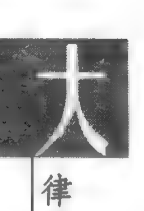
我国《合同法》第42条规定："当事人在订立合同过程中有下列情形之一，给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任：（一）假借订立合同，恶意进行磋商；（二）故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；（三）有其他违背诚实信用原则的行为。"在合同的缔结过程中，当事人如果出现法律规定的某些行为并给对方造成损害的，必须承担缔约过失责任。缔约上的过失责任是指在合同订立过程中，一方当事人因违背其依据诚实信用原则所应负有的义务，而使另一方当事人信赖的利益遭受损失，因此而应当承担民事责任的情况。

构成缔约过失责任必须符合以下条件：(1) 先合同义务的违反。这是缔约过失责任产生的首要条件和前提，如果在缔结合同过程中，对方当事人出于恶意，违反自己的信用，基于双方的信用关系而有所付出的善意一方将要遭受损失，这种对信用的违反和损失的发生违背了民法的公平及诚实信用原则，也是对现代社会存在基础的挑战和威胁。(2) 缔约过程中过失的存在。这里所谓之"过失"，其实应该是"过错"之意。其实质上是应包括故意和过失两部分。缔约过失责任之所以得以成立，是因为其主观上具有过错，即具有一定的可责之处。所以缔约过失责任属于过错责任而非无过错责任。(3) 损失的存在。在缔约过程中，缔约一方的过失行为给缔约他方造成了损失，这种损失表现为信赖

利益的损失，包括直接损失和间接损失。(4) 因果关系。指一方当事人的过错与另一方当事人的损失之间存在相当的联系，即缔约他方的损失是缔约过错行为造成的。

本案中，罗卫东在没有订立合同的意思的情况下，为了阻止刘德敏购买而假借订立合同的名义进行谈判，致使陈光中遭受了不应有的损失，其行为符合构成缔约过失责任的条件。首先，罗卫东的行为发生在与陈光中谈判签订合同的过程中；其次，罗卫东的行为属于缔约过失行为，罗卫东在无意与对方达成协议的情况下，为了达到阻止竞争对手购买的目的，假借订立合同的名义，与陈光中进行谈判，这属于一类比较严重的缔约过失行为，而且罗卫东在主观上是故意这样做的，存在主观过错；再次，罗卫东的行为给陈光中造成了经济损失，致使陈光中以更低的价格将服装店转卖。根据《合同法》第42条的规定，罗卫东应当就陈光中所遭受的损失进行赔偿。





8. 明知对方提供的合同属实却故意否认，应当如何处理？

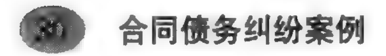
【案情】

某商贸公司与熊伟国签订了供货合同，将一批最新款式的夏季时装以批发价卖给熊伟国。此后，有其他商家与该商贸公司洽谈，以更高的价格求购该批夏季时装。某商贸公司遂将该批时装转售给其他商家。对某商贸公司的背信行为，熊伟国感到十分气愤，要求某商贸公司给予赔偿。某商贸公司置之不理，无奈，熊伟国向人民法院起诉，要求某商贸公司承担违约责任，赔偿自己的经济损失。熊伟国向法庭提交了双方签订的销售合同作为证据。在庭审质证过程中，某商贸公司的诉讼代理人称：该公司并未与熊伟国签订合同，合同系熊伟国伪造。熊伟国向法庭提出了鉴定申请。经鉴定，合同上的某商贸公司法人代表的签名和印章均为真实。人民法院依法认定某商贸公司与熊伟国签订的销售合同真实、合法、有效，该公司违反合同义务，应当承担违约责任并赔偿熊伟国因此而受到的经济损失。那么，对某商贸公司在当庭质证过程中故意否认对方提供的真实证据的行为，应当如何认定和处理呢？

【争鸣】

■ 熊伟国提出，某商贸公司明知自己提供的证据是真实的，却故意予以否认，扰乱正常的诉讼秩序，妨碍人民法院审理案件，应当承担法律责任。

■ 某商贸公司的诉讼代理人提出，自己的答辩意见是根据某商贸公司提供的事实提出的，没有故意否认真实合同的主观过错，不应承担法律责任。





【律师点评】

本案所反映的是在民事诉讼过程中，当事人一方对对方当事人提出的明知是真实的证据故意予以否认，对于这种行为应当如何定性和处理的问题。

我国《民事诉讼法》第 64 条第 1 款规定："当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。"最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第 2 条规定："当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。"这就是通常所说的民事诉讼中的"谁主张，谁举证"的原则。在民事诉讼中，举证责任首先表现为提供证据的责任。主张法律要件事实的一方当事人向法庭提交一定的证据后，案件事实逐渐得到澄清，对方当事人必须提出反证来削弱本证的证明力，反证提出后，另一方当事人就必须提供新的证据以证明其主张的法律要件事实。这种本证、反证、再证明、再反证的过程使案件得以彻底查清。但在实际的诉讼过程中，一方当事人举证后，对方当事人可能并不提出反证，而是直接否认本证的效力，对本证的真伪提出质疑。伪证在诉讼过程中确实存在，但现在的问题是有些证据是在抗辩方亲自参与下形成的，抗辩方出于种种原因而对该证据加以否认，例如甲向乙借款，甲出具了由其签名的借据，乙提起诉讼要求还款后，甲却否认借款事实的存在，称借据上的签名是对方伪造的，通过鉴定或者诸多旁证的证明，证实乙所提供的借据是真实的。再如，双方当事人签订的合同，一方当事人对明明是自己单位加盖的合同专用章，却在审理中称单位从未使用过该公章。这种违反诚实信用原则，在明知证据是真实的情况下却故意加以否认的行为，属于在诉讼过程中对真实证据恶意抗辩的行为。界定这种行为，需要从以下几个

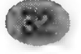


方面进行分析。

（一）这种恶意抗辩行为的主体只能是案件的当事人，而不涉及其他案外人。这是因为这些证据是其亲身经理，亲自感知的，至于案外的其他人作证时对该证据进行否认的行为则不能认定为恶意抗辩。对于证人证言，人民法院在采纳时必须结合本案的其他证据进行认真审核才能作为定案依据。这是由证人证言的特殊性决定的。证人证言是证人主观对客观的认识和反映，受人的主观影响较大，证人在感知、记忆和陈述案件情况过程中，充满着主客观的矛盾，其认识过程既受证人主观因素的影响，也受外在客观因素的制约。由于客观事物本身的复杂性，以及证人本身的感受能力、记忆能力等原因，使证人证言的情况比较复杂，因而证人提供的证言有两种情况，一是证人故意伪造证言，而是证人无意中提供了失实的证言，对证人故意伪造证言的应当按照伪证加以处罚。其次，行为人的恶意抗辩在主观上是故意的，即明知是真实的证据而加以否认，通过鉴定或者诸多旁证能够证明该证据的真实性。

（二）这种恶意抗辩行为应当与当事人的虚假陈述区别开来。当事人的陈述是指诉讼当事人就他们感知、理解和记忆的有关事实向法庭所作的陈述。当事人的陈述往往具有两面性，即“真实性”与“虚假性”共存。当事人作为当事人陈述的证据来源，是发生争议的实体法律关系的主体，大都是案件事实的经历者，是导致引发争议的实体法律关系发生、变更和终止的行为的实施者，因此，他们对案件情况了解最全面、真切，陈述具有可信的一面。另一方面，是虚假性，这是因为当事人是案件的利害关系人，案件处理的结果关系到他们的直接利益并有较强的胜诉的欲望。当事人在利己主义心理的作用下，在其陈述中对自己有利的地方，可能夸大甚至虚构，对不利的情况，可能隐瞒，从而使陈述可能有虚假的成分。

（三）行为人的恶意抗辩行为是增加诉累的行为。就像前面所述的图章真伪的问题，当一方当事人已经举出双方债权债务关系存在的证据，



由于另一方当事人对自己使用过的图章加以否认，主张权利的一方不得不举出另一方确实使用过该图章的证据。而这种举证行为往往很困难，有可能承担败诉的风险。再如借贷案件，一方当事人在另一方对借据上的签名予以否认时，不得不进行鉴定或者查证，从而增加了当事人的诉累。

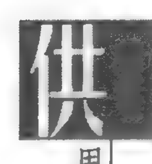
（四）行为人恶意抗辩行为是发生在诉讼过程中的行为。在诉讼以外的则属于当事人抵赖和狡辩的行为，是应当受到道德谴责的行为，而在诉讼过程中的这种行为则是妨碍诉讼的行为，应当受到法律的追究。因为这种行为已经妨碍正常的诉讼秩序。人民法院审理民事案件，是依法行使国家审判权，严格按照民事诉讼法律规定的程序进行的。为了能够保证诉讼任务的顺利完成，使人民法院得以正确、合法、及时地处理民事案件，保护当事人的合法权益，需要在整个诉讼过程中始终保持良好的诉讼秩序。这就要求案件当事人和其他诉讼参与人要正确地行使诉讼权利，履行诉讼义务，并且自觉地维护诉讼秩序，尊重人民法院依法进行的审判活动，不得对其进行干扰和破坏。但在司法实践中，由于一些当事人法制观念淡薄，加之当事人之间对立情绪严重，往往为了取得非法利益或者逃避法定义务，作出一些妨碍民事诉讼秩序的行为，使人民法院的正常审判活动受到干扰，如有些当事人提供伪证和指使他人为自己作伪证，有些当事人私自变卖由人民法院查封的财产等。凡此种种，都严重地妨碍了民事诉讼活动的正常进行。而恶意抗辩的当事人为了使法庭作出对自己有利的判决，采取种种不正当手段对真实的证据竭力加以否认，致使法庭无法得知事实的真相，也影响审判的正常进行，妨碍了民事诉讼秩序。对这种行为理应采取强制措施加以制止。

在本案中，某商贸公司对其与熊伟国签署的销售合同予以否认，显然是一种为了逃避法律义务而进行的恶意抗辩行为。熊伟国为了证明该证据的真实性，不得不申请鉴定，经鉴定，合同上的公司法人代表签名和印章均为真实。某商贸公司的故意否认真实证据的行为，既增加了当

事人熊伟国的诉累，又妨碍了人民法院民事审判活动的正常进行。对这种行为应当在法律上给予追究。我国《民事诉讼法》第111条第1款第1项规定："诉讼参与人或者其他人有下列行为之一的，人民法院可以根据情节轻重予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任：(一) 伪造、毁灭重要证据，妨碍人民法院审理案件的……"伪造证据是指当事人故意制造虚假的不真实的证据的行为，而恶意抗辩是指当事人对真实的证据故意否认的行为。两者从本质上是相同的，是同一个问题的两个方面。在主观上，两者都有不诚实的行为，均是故意为之。在客观上，两种行为都增加了当事人的诉累，扰乱了正常的诉讼秩序。但目前我国《民事诉讼法》和有关司法解释对故意否认真实证据的抗辩行为尚未作出规定，根据"法无明文规定不为罪"的原则，这种行为尚且不能按照犯罪处理。但由于其具有的社会危害性和对诚实信用原则的严重违背，从维护法律尊严和社会正义的角度，又绝不能放纵这种行为，可以对其处以罚款，也可以由人民法院当庭申斥或者责令其具结悔过。



供用电、水、气、热力合同





9. 因提前恢复供水导致用户财产损失的，应否赔偿?

【案情】

陈俊是某小区居民。2005 年 8 月上旬，当地某自来水公司在该小区张贴了《停水通知》，称“因管道维修，定于某日 12 时至 18 时停水”。当日下午，陈俊欲烧开水，打开水阀放水未果，却没有及时关上。而自来水公司管道维修提前完工，于当日 15 时提前恢复供水。当时，陈俊家中无人，未关上的水阀中自来水直往外溢，造成室内被淹。陈俊认为某自来水公司未事先通知居民即恢复供水，是造成其财产损害的直接原因，遂向自来水公司索要赔偿。某自来水公司认为自己没有提前供水的通知义务，陈俊的财产损失是其自身疏忽大意造成的，拒绝给予赔偿。在双方无法协商一致的情况下，陈俊向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 陈俊提出，自己由于过失未及时关闭自来水阀是事实，但自来水公司提前供水，系违约行为，是造成财产损失的直接原因，故自己的财产损失应由自来水公司赔偿。

■ 自来水公司提出，公司对停水行为有通知义务，但对恢复供水及提前恢复供水法律没有规定通知义务。况且提前供水是一种出于公益目的的积极善意行为，主观上没有过错，不应承担赔偿责任。



【律师点评】

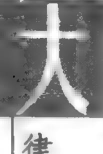
根据《合同法》的规定，供用水、供用气、供用热力合同，参照供

用电合同的有关规定。关于供用电合同，《合同法》规定供电人应当按照国家规定的供电质量标准和约定安全供电。供电人未按照国家规定的供电质量标准和约定安全供电，造成用电人损失的，应当承担损害赔偿责任；供电人因供电设施计划检修、临时检修、依法限电或者用电人违法用电等原因，需要中断供电时，应当按照国家有关规定事先通知用电人。未事先通知用电人中断供电，造成用电人损失的，应当承担损害赔偿责任；因自然灾害等原因断电，供电人应当按照国家有关规定及时抢修。未及时抢修，造成用电人损失的，应当承担损害赔偿责任。

在本案中，自来水公司与居民之间是供用水合同关系，这种合同属于格式合同的范畴，应当参照《合同法》关于供用电合同的规定来确定当事人双方的权利义务。自来水公司有按合同保证供水的义务。停水通知，仅是在履行合同过程中，出现法律准许暂停履行合同义务的特殊情况下，自来水公司依法履行的停水告知义务。通知中的6小时是暂停履行合同义务所允许最长停水期限，而非必须停止供水期间。停止6小时供水只是对暂停履行合同义务的时限限制，目的一是制约自来水公司暂停履行合同义务的时间，二是让居民住户作好准备，备足所需要的用水，保障居民停水期间的用水需要。通知停水6小时不是双方作出的必须停足6小时供水的约定。因此，供水是自来水公司应当履行的义务，提前恢复供水是一种有利于公益，有利于生产、生活的积极行为，自来水公司主观上没有过错，客观上与法不悖。至于提前恢复供水是否需要先行通知或告知，我国法律没有规定提前恢复供水必须履行先行通知或告知义务，恢复供水如果需要先行通知，则必然导致恢复供水的延迟，不利于公共利益，提前恢复供水没有过错。简言之，停水不是自来水公司的合同义务。因此，本案中的停水通知不属于狭义合同范畴，不具有真正的合同意义，不是一份独立的法律意义上的合同，所告知的6小时停水不是合同约定义务，提前恢复供水不存在违约。

提前恢复供水行为并不会必然地导致财产损害的发生，在此意义上，

提前恢复供水仅是产生损害发生的条件。而本案中的损害后果，是由于提前恢复供水和原告陈俊的未及时关水阀两个因素共同叠加才造成的，故可以说本案属于两因一果的关系。而在两个因素中未及时关闭水阀则是具有过错的、主要的、根本的、直接的原因。根据侵权理论，原因对结果承担责任的前提条件是侵权人有过错，因果关系仅是承担责任的必要条件之一，而并非是充分条件。本案中虽然自来水公司的行为是造成损害原因之一，但其行为没有过错，也不侵权，故不符合承担责任的条件。同时，用户具有注意安全义务，本案中陈俊自己有过错。注意安全是每一个公民的义务。停水通知无论从形式和内容上看，都没有免除用户的注意安全义务。在陈俊欲烧开水而发现停水后，应当能预见到自来水阀不关的后果，也应当预见到停水后可能会提前供水。其应当预见未预见，疏忽大意不关水阀，具有过错，由此造成的损失应当自行承担。



10. 供暖不达标引起纠纷的，举证责任如何承担？

【案情】

马玉生原为某单位职工，享受免费供暖的待遇。后来，马玉生离开了单位，遂与单位就供暖达成协议。协议约定，单位按照供暖标准供暖，马玉生交付供暖费若干。2003年，由于单位供暖有时候达不到政府规定的标准，经双方协商，减收部分供暖费。2004年，单位的供暖还是与往年一样，时好时坏，马玉生遂拒绝交付供暖费。2004年供暖期过了以后，单位将马玉生诉至法院，要求其按照合同约定支付供暖费。在庭审中，由于双方皆未保留2003年供暖期内马玉生家中的温度情况，对供暖是否达到标准应由谁举证产生争议。

【争鸣】

■ 马玉生提出，按照协议，单位应按照政府规定的供暖标准供暖，这包括提供暖气和供暖温度达到标准两个方面，只有这样才算适当履行了合同约定的供暖义务。因此，单位主张已经履行了供暖义务，应由其对供暖和达到温度两个主张负举证责任。

■ 某单位提出，既然马玉生并未否认单位已经供暖，故认为其已按协议履行了供暖义务。现在，马玉生主张单位供暖不符合约定，应对供暖达不到既定的温度拿出证据加以证明。故供暖是否达到标准的举证责任应由马玉生负担。

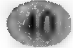


【律师点评】

根据《民事诉讼法》的“谁主张谁举证”原则，在民事诉讼中，提出主张的一方当事人应当举证证明自己的主张，否则将承担举证不能甚至败诉的后果。那么，在本案中，对供暖是否达到标准的举证责任究竟应由谁负担呢？

本案中，双方当事人签订的供暖协议属于《合同法》中规定的供用电、水、气、热力合同中的供用热力合同，依《合同法》第184条的规定，供用水、供用气、供用热力合同，参照供用电合同的有关规定。同时，依《合同法》第177条的规定，供用电合同的内容包括供电的方式、质量、时间、用电容量、地址、性质、计量方式、电价、电费的结算方式、供用电设施的维护责任等条款。据此，当事人在供暖合同中应对供暖的方式、质量、时间等作出约定。可见，供暖人依约履行供暖合同包括按照约定的方式、质量和时间等提供供暖服务，否则应负违约责任。故对马玉生“单位所称履行供暖义务应包括提供暖气和供暖达到约定标准”的主张，应予支持。

然而，在单位按照协议供暖的时候，马玉生作为用暖人，负有接受履行的协助义务。对于单位供暖不符合合同约定的，应在一定期间内提出异议，并保留证据材料以证明供暖尚未达到约定温度的事实。对于温度测量，用暖人既可以与供暖人协商，由供暖人测量供暖期间室内温度，也可以自行委托测量单位进行测量，并予以公证，以保留证据材料。若供暖确实未达到约定标准，则该项费用支出，系供暖人未按照合同约定履行合同而给用暖人造成的损失，应由供暖人承担赔偿责任。用暖人未在供暖期间提出异议或保留相应证据材料，应认为供暖人已经按照合同约定履行供暖义务，用暖人不得在供暖期结束后再行主张供暖人供暖未达到约定的质量。



由于供暖合同乃是供暖人向用暖人供暖，用暖人支付供暖费的协议，是货币与供暖服务的交易，基于买卖合同所具有交易合同的典型性，供暖协议可以与买卖合同作一类比。依《合同法》第157条和第158条第1款的规定，买受人收到标的物时应当在约定的检验期间内检验。没有约定检验期间的，应当及时检验。当事人约定检验期间的，买受人应当在检验期间内将标的物的数量或者质量不符合约定的情形通知出卖人。买受人怠于通知的，视为标的物的数量或者质量符合约定。在买受人收到标的物后，应当履行检验义务，并在约定或者法定期间内将标的物数量或者质量不符合约定的情形通知出卖人。这里的通知，应包括检验后标的物不符合约定标准的证据材料，否则，无以说明标的物质量不符合合同约定。对于用暖人的接受履行的义务而言，用暖人欲主张供暖人供暖不符合约定标准，亦应在一定期间内提交相应的证据材料予以证明，否则，应视为供暖人的供暖符合约定。本案中，在供暖期结束后，马玉生若未能举证证明单位供暖不符合约定质量标准，应负举证不能的责任。

11. 供暖温度不符合约定的，能否拒付全部费用？

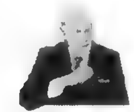
【案情】

刘德敏是某小区居民。小区实行统一供暖。按照该小区供暖协议的规定，供暖温度需要达到政府规定的25度以上。2004年冬，小区供暖开始后，刘德敏发现温度低于25度，遂多次找到物业管理公司商谈，但始终未见改善。刘德敏拒绝缴纳全部供暖费用。物业管理公司向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 物业管理公司提出，虽然存在最低供暖温度的规定，但供暖人供暖了，用暖人就应支付相应的供暖费用，而无权拒绝支付全部供暖费用。

■ 刘德敏提出，既然政府对供暖规定了最低温度标准，因此，未达到该标准的供暖均为不合格的供暖，用暖人有权拒绝支付全部供暖费用。



【律师点评】

在本案中，当事人双方所签订供暖协议属于《合同法》上的供用热力合同。用暖人欲主张拒绝支付全部供暖费，其应具有法定理由，如合同撤销权、合同解除权、合同抗辩权等。本案不存在撤销合同的情形(欺诈、胁迫、乘人之危、显失公平或重大误解)，那是否存在合同解除权呢？合同解除权分为法定解除权与约定解除权。因当事人并未在合同中约定，若供暖人供暖不合格，则用暖人可解除合同，故不存在合同约

定解除权。

依《合同法》第94条的规定，有下列情形之一的，当事人可以解除合同：（一）因不可抗力致使不能实现合同目的；（二）在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；（三）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；（四）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；（五）法律规定的其他情形。本案中，需要讨论的是，供暖人供暖不符合合同约定是否致使不能实现合同目的？在供暖协议中，当事人订立合同的目的在于获得暖气以抵御寒冷，对于抵御寒冷的程度或许有别，但只要供暖人提供了暖气，即可部分实现合同目的，而不能谓为根本无法实现合同目的，故除非供暖一点不起作用，不能称为不能实现合同目的而主张解除合同。

既然用暖人不存在法定解除权，那是否存在合同抗辩权呢？依《合同法》第67条的规定，当事人互负债务，有先后履行顺序，先履行一方未履行的，后履行一方有权拒绝其履行要求。先履行一方履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行要求。依此规定，在双务合同中，先履行一方当事人履行义务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行要求。在供暖协议中，由供暖人先履行供暖义务，若履行义务不符合合同约定，如供暖未达到约定温度等，则用暖人有权拒绝供暖人相应的履行要求。此即用暖人享有的抗辩权，但该抗辩权并不支持用暖人拒绝支付全部供暖费用，而仅支持其对供暖人供暖不合格部分的供暖费用的请求权提出抗辩。

虽然政府对供暖温度有最低标准的要求，但该规定乃是行政性法规，其目的在于保障居民的基本生活要求，对于未达到该要求的供暖单位，应负行政责任。但基于供暖合同基本上属于私法合同，其内容应依私法予以规范，故供暖合同当事人的权利义务仍应依《合同法》规定加以调整。换言之，供暖单位行政责任的承担不影响其民事责任的承担，也不

损害其私法利益，故对于供暖不足的单位，从行政角度，自可依据行政法规予以处罚，其目的在于维护居民基本生活保障的公共利益；从民事角度，则应依其供暖程度如何作为其收费的标准，以实现民事权利义务的公平配置。



12. 供电合同中未约定违约责任的，能否要求支付违约金？

【案情】

2001年6月6日，某电力公司与某洗煤厂签订供用电合同，合同中对供电的方式、质量、时间、用电容量、地址、性质、计量方式、电价、电费的结算方式以及供用电设施的维护责任等均作了约定。其中，电费的结算方式及时间为每月25日前以现金形式付清上个月的电费，在合同中，双方并未对逾期缴付电费的责任进行约定。在合同履行过程中，双方依照合同履行至2002年2月。洗煤厂自2002年3月至7月的电费计20万元（每月均为5万元）未交付，双方发生纠纷。2002年9月，电力公司诉至法院，请求判令洗煤厂支付电费20万元及自逾期之日起的日千分之一的违约金。洗煤厂对所欠的电费数额没有异议，但对违约金不同意，理由是合同中并未约定违约金。

【争鸣】

■ 某电力公司提出，依照我国《电力供应与使用条例》第39条的规定，逾期未交付电费的，供电人可以从逾期之日起，每日按照电费总额的1‰至3‰加收违约金。洗煤厂逾期缴纳电费，依法应当承担违约责任。

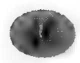
■ 某洗煤厂提出，《合同法》第114条第1款规定："当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。"第182条规定："用电人应当按照国家有关规定和当事人的约定及时交付电费。用电人逾期不交

付电费的，应当按照约定支付违约金。经催告用电人在合理期限内仍不交付电费和违约金的，供电人可以按照国家规定的程序中止供电。”本案的供电合同没有约定违约责任，根据《合同法》第114条和182条规定的精神，违约金的适用仅存在约定违约金，而没有法定违约金，故电力公司违约金的请求不应支持。



【律师点评】

《合同法》第176条规定：“供用电合同是供电人向用电人供电，用电人支付电费的合同。”由此可知，供用电合同是平等主体的供电人与用电人订立的，由供电人供应电力、用电人使用该电力并支付电费的民事协议。供用电合同是一种常见的民事合同。合同的标的，是一种特殊的商品“电”，由于其具有客观物质性并能为人们所使用，因而属于民法上“物”的一种。供电人将自己所有的电力供应给用电人使用，用电人支付一定数额的价款，双方当事人之间的关系实际上是一种买卖关系。因此，供用电合同本质上属于一种特殊类型的买卖合同。供用电合同的主体是供电人和用电人。“供电人”是指在国家批准的供电营业区内向用户提供电力的企业。受供电企业委托供电的营业网点、营业所不具有权利能力，不能以自己的名义签订合同，因而不是供电人。“用电人”是指使用供电人提供的电力，支付电费的人。用电人范围非常广泛，自然人、法人以及其他组织等，都有资格成为供电合同的用电人，订立供用电合同。供用电合同的一个重要特点在于它是持续供给合同。由于电力的供应与使用是连续的，因而合同的履行方式处于一种持续状态。供电人在正常的情况下，应当连续向用电人供电，不得中断；用电人在合同约定的时间内，享有连续用电的权利。供用电合同一般按照格式条款订立。电力事业具有广泛的社会性，关系整个社会的公共安全，电力这种特殊商品本身又具有网络性和天然垄断性，这就使供电企业



对电力的供应及电网的管理具有一定的垄断性。供电企业为了与不特定的多个用电人订立合同而预先拟定格式条款，双方当事人按照格式条款订立合同。用电人对该格式条款仅有同意或不同意的权利，而不能更改其内容。对供用电方式有特殊要求的用电人，可采用非格式条款订立合同。

在本案中，电力公司与洗煤厂订立的供电合同中未对违约责任进行约定。在诉讼中，电力公司要求洗煤厂支付自逾期之日起日千分之一的违约金，应否支持呢？根据《合同法》第182条的规定，用电人应当按照国家有关规定和当事人的约定，及时向供电人交付电费。用电人逾期不交付电费的，应当按照约定支付违约金。经供电人催告之后，用电人在合理期限内仍不交付电费和违约金的，供电人可以按照国家规定的程序中止供电。在供用电合同中，用电人向供电人支付电费是一项基本义务。如前所述，供电合同是一种特殊的买卖合同，用电人如同买受人，支付货款是一项基本义务。用电人应当按照国家批准的电价和用电计量装置的记录，按照约定的结算方式如期交付电费，同时对供电人抄表收费等行为提供方便。用电人未在约定期限内交付电费的，应当承担迟延支付电费的违约责任。按照《电力供应与使用条例》第39条的规定，逾期未交付电费的，供电人可以从逾期之日起，每日按照电费总额的1‰至3‰加收违约金，具体比例由供电双方在供用合同中约定；自逾期之日起计算超过30日的，经催交仍未交付电费的，供电人可以按照国家规定的程序停止供电。由于本案合同并未约定违约责任方式，应当适用法定方式。《电力供应与使用条例》相对于《合同法》而言，属于特殊法。按照特殊法优先于一般法的原则，本案应当适用《电力供应与使用条例》中的违约金方式，即电力公司的主张应当得到支持。值得注意的是，供电合同中如果明确约定了逾期交付电费的违约金的，应当以合同约定为准；若合同中未约定违约金或者对违约金约定不明，则按照《电力供应与使用条例》第39条的规定，每日按照电费总额的1‰至3‰加收违约金，一般按就低不就高原则，即按日1‰加收违约金。

赠与合同





13. 承诺为顾客免费办理保险但未办理的，责任如何承担?

【案情】

某购物中心为了吸引顾客购买电脑，在大门口及商场内的家电柜台等醒目处刊登广告，广告中宣传：凡两个月之内在本商场购买电脑者，本商场将在购买之日免费为其办理保险期为两年、保险金额为2.5万元的家庭财产保险。同时，该商场还在当地报刊上刊登了内容相同的广告。顾客周士国到该商场购买了一台电脑，因店员疏忽未给周士国办理家庭财产保险手续。周士国将电脑搬运回家后想起未办理财产保险手续，但因第二天要到外地出差，心想几天后再补办也不迟，于是就没有再补办保险手续。但是，在他出差的第3天夜里，家中遭窃，包括该电脑等家用电器被洗窃一空，总价值5.8万余元。周士国找到某购物中心，要求某购物中心按照刊登广告的内容赔偿其损失，某购物中心经调查后发现，周士国在购买电脑时，并没有办理家庭财产保险手续，于是拒绝为周士国的电脑赔偿损失。双方为此发生争执。孙某遂起诉至人民法院，请求法院判令某购物中心负赔偿责任。

【争鸣】

■ 周士国提出，某购物中心为了促销商品，在广告中打出免费为购买电脑者办理保险期为两年、保险金额为2.5万元的家庭财产保险，但周士国在某购物中心购买电脑后，店员因疏忽而未给周士国办理家庭财产保险手续，对此，某购物中心有过错，应当承担赔偿责任。

■ 某购物中心提出，某购物中心所作的广告表明的是一种单方赠与的意思表示，而赠与是一种合同关系，它的成立不仅需要赠与人表示把自己的财产无偿赠给受赠人，而且还需要赠与人表示同意接受，这是一种双方的法律行为。同时，赠与合同是一种实践合同，这种合同表明只有在赠与人实际交付赠与物给受赠人以后，该合同才生效。而本案中仅仅有某购物中心免费办理家庭财产保险的单方意思表示，却没有周士国接受赠与及双方实际办妥保险手续的行为。可见，该赠与合同并未成立。况且，我国法律还规定，赠与合同成立前，赠与方可以随时撤销自己的赠与承诺。本案某购物中心不同意赔偿周士国的损失，实则是撤销赠与的意思表示，因此周士国无权要求某购物中心承担赔偿责任。



【律师点评】

《合同法》第13条规定："当事人订立合同，采取要约、承诺方式。"第14条规定："要约是希望和他人订立合同的意思表示，该意思表示应当符合下列规定：(一)内容具体确定；(二)表明经受要约人承诺，要约人即受该意思表示约束。"第15条规定："要约邀请是希望他人向自己发出要约的意思表示。寄送的价目表、拍卖公告、招标公告、招股说明书、商业广告等为要约邀请。商业广告的内容符合要约规定的，视为要约。"第21条规定："承诺是受要约人同意要约的意思表示。"要约与要约邀请的区别主要有：(1)要约是当事人自己主动愿意缔结合同的意思表示，而要约邀请是当事人表达某种意愿的事实行为，其内容是希望对方主动向自己提出缔结合同的意思表示。(2)要约中含有当事人表示愿意承受要约拘束的意旨，要约人将自己置于一旦对方承诺，合同即可成立的无可选择的地位，而要约邀请则不含有当事人表示愿意承受拘束的意旨，要约邀请人希望将自己处于一种可以选择的是否接受对方要约的地位。要约邀请本身无任何法律意义。(3)要约的内容必须具

备足以使合同成立的主要条件，而要约邀请则不具备足以使合同成立的主要条件。

就一般商业广告而言，其性质上属于要约邀请，因为它没有明确的订约意图，不包含合同的主要条款，很难满足一经承诺即成为合同的要约要件。在本案中，某购物中心在所作广告中宣传“凡两个月之内在本商场购买电脑者，本商场将在购买之日免费为其办理保险期为两年、保险金额为2.5万元的家庭财产保险”，这是完全符合要约的构成要件的。而且，某购物中心的广告还明确约定了承诺的时间是“两个月之内”，承诺的方式是受要约人在该商场作购买电脑的行为。这种承诺方式是法律所允许的，《合同法》第22条规定：“承诺应当以通知的方式做出，但根据交易习惯或者要约表明可以通过行为做出承诺的除外。”可见，要约可约定通过行为做出承诺。所以，在本案中，对于任何一位在规定的时间内在该商场购买电脑的顾客来说，都与某购物中心订立了合同——某购物中心为其免费办理家庭财产保险。

《合同法》第185条规定：“赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同。”第186条规定：“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，不适用前款规定。”《保险法》第10条规定：“保险合同是投保人与保险人约定保险权利义务关系的协议。投保人是指与保险人订立保险合同，并按照保险合同负有支付保险费义务的人。保险人是指与投保人订立保险合同，并承担赔偿或者给付保险金责任的保险公司。”赠与合同是指当事人约定一方当事人将自己所有的财产无偿转移于另一方当事人的合同。转移财产的一方当事人为赠与人，接受财产的一方当事人为受赠人。赠与合同的实质在于转移财产所有权。根据《合同法》第185条的规定，赠与合同是诺成合同，只要赠与人有赠与的意思，受赠人有接受赠与的意思，赠与合同即告成立。在本案中，某购物中心向顾客赠与的意思已通过其广告表明，

而周士国也通过购买行为表明了自己愿意接受赠与的意思，该赠与合同已经成立。周士国购买电脑的买卖合同与某购物中心为顾客办理保险的合同在性质上属于主从合同。买卖合同是主合同，它的成立和生效决定了从合同——办理保险的合同的成立和生效。买卖合同不存在，那么办理保险的从合同也不会单独存在。因此在本案中，周士国在某购物中心购买了电脑后，因买卖合同已成立并生效，所以他与某购物中心之间的办理保险的从合同也就成立和生效了。某购物中心有义务为周士国免费办理家庭财产保险，这一义务是合同所约定的强制性义务，某购物中心无权拒绝履行其应当承担的为周士国免费办理家庭财产保险的义务。而某购物中心因工作人员的疏忽，未履行给周士国办理家庭财产保险的义务，因此，某购物中心应当承担违约责任。



《民法通则》第112条规定："当事人一方违反合同的赔偿责任，应当相当于另一方因此所受到的损失。当事人可以在合同中约定，一方违反合同时，向另一方支付一定数额的违约金；也可以在合同中约定对于违反合同而产生的损失赔偿额的计算方法。"《合同法》第107条规定："当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。"第113条规定："当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。经营者对消费者提供商品或者服务有欺诈行为的，依照《中华人民共和国消费者权益保护法》的规定承担损害赔偿责任。"损害赔偿责任是指加害人因侵权行为造成他人财产或人身损害依法承担的赔偿受害人所受损失的民事责任。损害赔偿作为一种民事责任，是加害人所应承担的一种不利的法律后果。由于违约损害赔偿责任的目的在于补偿受害人所遭受的损失，通过赔偿使受害人恢复到合同订立前的状态，或恢复到合同如期履行的状态，我国

《合同法》即采纳了该原则。

在本案中，某购物中心如果履行合同义务，那么周士国可以获得保险期为两年保险金额为2.5万元的保险利益，这是某购物中心在订立合同时明确约定的，是订立合同时已预见到的，所以它不能仅仅赔偿保险费。《合同法》第119条规定："当事人一方违约后，对方应当采取适当措施防止损失的扩大；没有采取适当措施致使损失扩大的，不得就扩大的损失要求赔偿。当事人因防止损失扩大而支出的合理费用，由违约方承担。"第120条规定："当事人双方都违反合同的，应当各自承担相应的责任。"《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第30条规定："买卖合同当事人一方违约造成对方损失，对方对损失的发生也有过错，违约方主张扣减相应的损失赔偿额的，人民法院应予支持。"在本案中，周士国将电脑搬运回家才想起未办理财产保险手续，但又心想几天后再补办也不迟，于是就没有再补办保险手续。可见，周士国对自己过于自信，对于其损失也有过错。因此，应由某购物中心和周士国共同承担损失，因某购物中心在从合同中承担着主要义务，所以由某购物中心承担主要责任，周士国承担次要责任。



14. 有质量缺陷的赠品造成顾客人身损害的，经营者应否赔偿？

【案情】

2011年五一节日期间，某商场举行让利酬宾活动。当地居民乔贞在某商场购物时获赠电饭煲一只。在使用该电饭煲煮饭时，因电饭煲漏电将乔贞击伤造成左手部分功能丧失，后经法医鉴定为七级伤残。乔贞向当地人民法院提起诉讼，要求某商场赔偿损失。人民法院委托产品质量技术监督部门对该电饭煲进行检验，结果是该电饭煲常态绝缘电阻为零，可以直接导致电饭煲外壳带电，为质量不合格商品。



【争鸣】

■ 乔贞提出，经营者向购买其商品的消费者赠送其他商品的行为是一种附义务的赠与。赠与的财产有瑕疵，造成受赠人损害的，赠与人应当承担赔偿责任。自己在某商场购物时，某商场赠送其电饭煲一只，就属于这种情况。该电饭煲存在质量瑕疵并造成了自己的人身损害，某商场应当承担赔偿责任。

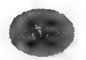
■ 某商场提出，乔贞使用的电饭煲是某商场无偿赠送的。《合同法》第191条规定："赠与的财产有瑕疵的，赠与人不承担责任。"根据上述法律规定，赠品虽然存在质量瑕疵，但某商场不应当承担责任。对乔贞的诉讼请求应当予以驳回。



【律师点评】

本案是消费者购物时获赠的商品存在质量瑕疵，并造成了消费者人身损害而引发的争议。争议的焦点是赠品有质量问题并导致受赠人损害，赠送该商品的经营者是否应承担责任。正确处理本案的关键在于析清商场向消费者赠送电饭煲的行为性质。《合同法》第185条规定："赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受的合同。"由此可见，成立赠与关系要满足两个要件：(1)赠与人将自己所有的财产无偿地转移给受赠人所有；(2)受赠人表示接受该赠与行为。赠与合同有如下特征：(1)赠与合同是无偿合同。赠与人无偿转移其赠与物的所有权于受赠人，受赠人不必为相应的给付。(2)赠与合同是单方合同。受赠人只享受接受赠与物的权利，而赠与人只负有无偿交付赠与物的义务。(3)赠与合同是诺成合同，自当事人意见表示一致起成立。

"买一赠一"中的赠与，并非是无偿的，而是有条件或附义务的，即必须购买价值较大的商品，因而接受的赠品仍然是通过有价交换而取得，只不过消费者不必直接就该赠品的价格负担付款义务。该付款义务已转移到赠与前的商品买卖中去了，这个商品买卖就是赠与的前提条件。因此，在本案中的赠与并不是无偿的，而是商品买卖中附条件的赠与。某商场从商品买卖中获取利润，按照权利与义务相对等的原则，商场应对其赠品的瑕疵承担责任。《合同法》第191条规定："赠与的财产有瑕疵的，赠与人不承担责任。附义务的赠与，赠与的财产有瑕疵的，赠与人在附义务的限度内承担与出卖人相同的责任。"《侵权责任法》第四十三条规定："因产品存在缺陷造成损害的，被侵权人可以向产品的生产者请求赔偿，也可以向产品的销售者请求赔偿。产品缺陷由生产者造成的，销售者赔偿后，有权向生产者追偿。因销售者的过错使产品存在缺陷的，生产者赔偿后，有权向销售者追偿。"由于该商场提供的赠品——电饭煲质量不合格，导致乔贞在使用过程中，因电饭煲漏电被电击伤致残，商场应当承担赔偿责任。



15. 救灾捐献能否反悔?

【案情】

2004年7月，某市遭遇百年不遇的暴雨、洪水。某电视台举办抗洪救灾义演，动员社会募捐。某公司法定代表人认为这是企业做广告的好机会，遂协同其他股东商定，决定在演出晚会上举牌捐献。在电视台举办的抗洪救灾义演晚会上，某公司的法定代表人在晚会现场，代表公司认捐10万元。此后，抗洪救灾的募集单位每次打电话给某公司的法定代表人，该法定代表人以其经济发生困难为由拒绝履行，并以书面形式表明撤销捐献。之后募集单位经过实际调查，发现某公司并未如其法定代表人所称的出现经济困难，而是有关负责人对当初的捐献反悔。募集单位于是将某公司起诉至法院。





■ 募集单位提出，《合同法》第186条规定：“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公正的赠与合同不适用前款规定。”某公司不能行使撤销权，应履行赠与义务。

■ 某公司提出，最高人民法院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见（试行）》第128条规定：“公民之间的赠与关系的成立，以赠与财产的交付为准。”赠与合同是实践性合同，某公司未交付财产，赠与合同也未成立及生效，自然可以行使撤销赠与行为，因此认为某公司不应继续履行赠与义务。



【律师点评】

在现实生活中，一些不道德的企业利用救灾义演活动打广告，举牌认捐，事后又以种种理由推脱赠与。本案就是这样的一个典型案例。

本案涉及赠与合同的撤销权问题。《合同法》第186条规定："赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公正的赠与合同不适用前款规定。"第192条规定："受赠人有下列情形之一的，赠与人可以撤销赠与：（一）严重侵害赠与人或者赠与人的近亲属；（二）对赠与人有扶养义务而不履行；（三）不履行合同约定的义务。赠与人的撤销权自知道或应当知道撤销原因之日起一年内行使。"根据赠与合同的特征，赠与合同的终止得基于以下几种事由：（1）赠与合同的任意撤销。赠与合同的任意撤销是指在赠与财产的权利转移之前，得由赠与人依其意思任意撤销赠与合同。但在具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同和经过公证的赠与合同中，赠与人不得任意撤销赠与。（2）赠与合同的法定撤销。赠与地产的权利转移之后，赠与人即丧失了任意撤销赠与合同的权利，但在以下条件具备时，赠与人仍可享有撤销赠与合同的法定权利：第一，受赠人严重侵害赠与人或者赠与人的近亲属的；第二，受赠人对赠与人有扶养义务而不履行的；第三，受赠人不履行赠与合同约定的义务的。赠与人的撤销权，自知道或者应当知道撤销原因之日起1年内行使。该期间为除斥期间。超过这一期间，赠与人不得再行使撤销权。因受赠人的违法行为致使赠予人死亡或者丧失民事行为能力的，其继承人或其法定代理人可以撤销赠与。赠与人的继承人或者法定代理人的撤销权，自知道或者应当知道撤销原因之日起6个月内行使。这一期间同样也是除斥期间。（3）赠与合同的法定解除。赠与人的经济状况显著恶化，严重影响其生产经营或者家庭生活的，可以解除赠与合

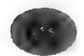
同，不再履行赠与义务。该合同解除不发生溯及既往的效力，赠与人就原已履行的赠与，无权要求受赠人返还。

《合同法》规定了赠与人撤销赠与的两种基本类型：(1) 任意撤销权；(2) 法定撤销权。两种撤销权的共同之处在于：两种撤销权都是法律赋予赠与人的权利而非受赠人的权利，均能产生已经成立的赠与合同被撤销的法律后果。但这二者之间也有严格的区别，表现在以下几个方面：(1) 从时间上来讲，任意撤销权仅存在于赠与合同成立，但赠与物的权利尚未转移之时。如赠与物的权利已转移，赠与人不能行使任意撤销权。法定撤销权存在于赠与合同的始终，不论赠与物的权利是否转移，如具备撤销的法定条件，赠与人就可以行使其撤销权。(2) 从条件上来讲，任意撤销只需要当事人有撤销的意思表示即可；法定撤销权的行使则必须具备法律规定的条件，并经赠与人向人民法院或仲裁机构提出撤销的申请，人民法院或仲裁机构认可，才能达成赠与合同被撤销的法律后果。(3) 法定撤销有除斥期间 1 年的限制，即赠与人必须在知道或应当知道撤销原因之日起 1 年内行使，超过这个期限，赠与人即不享有撤销权。任意撤销只要赠与物未交付，不论赠与合同形成时间多长，赠与人均享有撤销权。(4) 从后果上讲，任意撤销权的行使产生的结果为赠与合同不再履行，标的物不再交付。法定撤销权的行使产生的结果为：如标的物尚未交付，则不再交付；如赠与物已交付，赠与人可以请求受赠与人返还赠与物。

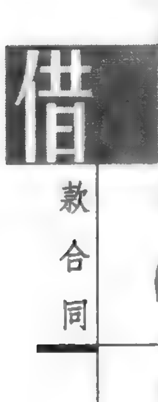
根据《合同法》第 188 条的规定："具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，赠与人不交付赠与的财产的，受赠人可以要求交付。"赠与人不交付赠与财产是否构成违约行为，并承担违约责任，应当依照赠与合同的情况加以区分。由于普通赠与合同中，赠与人享有撤销权，在财产权利转移之前，赠与人可以撤销赠与；赠与不赠的选择权在于赠与人，受赠人只能等待赠与人的交付行为，而不能采取积极的行动催促赠与人尽快履行合同。因而对这类赠

与合同，赠与人不给付赠与财产的，受赠人也就不能请求赠与人给付赠与的财产，赠与人不承担违约责任。具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，因其没有撤销权，在赠与人迟延履行或者不履行给付赠与财产的义务时，即为违约行为，应当承担违约责任；受赠人也可以请求赠与人给付赠与的财产，赠与人仍不为给付的，受赠人可以申请强制执行。由于赠与合同为单务合同，仅由赠与人单方承担义务，当赠与人不履行交付赠与财产的义务时，其责任也应当有所限制，而不像一般双务合同那样，在履行给付义务时还应当支付迟延利息或者赔偿其他损失。《合同法》规定的赠与人不交付赠与的财产的，受赠人可以请求交付，即不包括迟延利息和其他损害赔偿，而仅限于赠与财产的本身。结合本案，即募集单位可以根据《合同法》的规定，要求赠与人履行赠与义务，即交付赠与的财产。





借款合同





16. 银行强制贷款人购买保险并指定自己为受益人的，是否合法?

【案情】

李克元在某城市工作，为与女友结婚考虑买房。经过调查，李克元选定了某房地产公司开发的一套商品房，并签订了房屋买卖合同。李克元与某银行签订了个人住房按揭贷款合同，合同约定：李克元购买某房地产公司的一套商品房，向该银行借款20万元，还款方式为每月偿还2000元，期限为10年，李克元以该商品房作为抵押，到期无法偿还借款，银行将行使抵押权。在合同签订后，李克元即向某房地产公司支付了首期房款。此后，某银行要求李克元为所购置的房屋购买一份财产险，或是购买一定期限的人寿险，银行为受益人，并由李克元支付保险费，否则就将解除与李克元签订的个人住房按揭贷款合同，但李克元对银行的行为明确表示反对。双方为此发生纠纷。李克元遂起诉至人民法院，请求法院判令银行按照双方签订的按揭贷款合同履行合同义务。

【争鸣】

■ 李克元提出，自己与银行签订的个人住房按揭贷款合同是合法有效的，双方都应当按照合同约定履行各自的义务。而银行在贷款合同签订后又要求自己为所购房屋购买保险，明显是加重了贷款人承担的合同义务，这对贷款人来说是不公平的，因此银行无权要求自己为购买的房屋投保。即使银行有权要求贷款人为其购买的房屋投保，保险费也不应当由贷款人来支付，因为如果贷款人支付保险费的话，银行就几乎转移了全部商业风险，而只享有利润，这就不是正常的市场经济行为了，而

且也违反了《合同法》的规定和精神。

■ 某银行提出，在购房贷款抵押中，为了防范作为抵押物的房屋意外灭失带来的风险，对房屋意外灭失或者毁损进行保险是积极和有益的措施。因此，为了在房屋意外灭失、毁损的情况下，保全自己享有的担保利益，银行可以要求购房人为房屋购买保险。根据房地产抵押管理办法的有关规定，抵押当事人约定对抵押房产保险的，由抵押人为抵押的房地产投保，保险费由抵押人负担，而李克元作为房屋的抵押人，自然应当承担保险费。



【律师点评】

《担保法》第51条规定："抵押人的行为足以使抵押物价值减少的，抵押权人有权要求抵押人停止其行为。抵押物价值减少时，抵押权人有权要求抵押人恢复抵押物的价值，或者提供与减少的价值相当的担保。"从以上规定可以看出，抵押人对抵押物价值减少无过错的，抵押权人只能在抵押人因损害而得到的赔偿范围内要求提供担保。抵押物价值未减少的部分，仍作为债权的担保。在传统民法中，不动产抵押权人的抵押利益因为抵押物的意外灭失而减损的风险是由抵押权人自己承担的。也就是说，当抵押物意外灭失时，抵押权人享有的只是一种债权请求权，而不再是担保物权。基于该请求权，抵押权人可以请求债务人另外提供一定担保。这时候，如果抵押人有能力另外提供担保，并且也愿意提供担保，自然没有问题。但是如果这时候债务人没有可能另外提供担保的财产或者拒绝提供担保，那么债权人因为担保物意外灭失而减损的担保利益，就无法得到满意的补偿，债权人只能自己承担因为抵押物意外灭失带来的风险。最高人民法院《关于适用〈担保法〉若干问题的解释》第80条规定："在抵押物灭失、毁损或者被征用的情况下，抵押权人可以就该抵押物的保险金、赔偿金或者补偿金优先受偿。抵押物灭

失、毁损或者被征用的情况下，抵押权所担保的债权未届清偿期的，抵押权人可以请求人民法院对保险金、赔偿金或补偿金等采取保全措施。”因此，在购房贷款抵押中，为了防范作为抵押物的房屋意外灭失带来的风险，对房屋意外灭失或者毁损进行保险是积极和有益的措施。在本案中，银行为了保全自己享有的担保利益，可以要求购房人李克元为房屋购买保险。

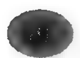
但是，问题的关键在于对房屋投保究竟是强制的，还是由当事人自由约定的，保险的费用究竟由谁来支付。《合同法》第39条规定：“采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。”格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。在实践中，购房贷款合同一般都是银行事先拟订的格式合同，格式合同已经明确把为房屋进行保险，并且保险费由抵押人支付作为合同的必备条款。由于借款人一般没有能力对格式条款提出协商修改的要求，因此贷款银行事实上把为抵押房屋购买保险的义务强加给了借款人。银行要求购房人为房屋购买保险，是为了在房屋意外灭失、毁损的情况下，保全自己享有的担保利益的合理措施。那么，应当由谁来支付保险费呢?担保合同本质上仍然是当事人的合意，是否给作为抵押物的房屋购买保险应当由当事人约定，抵押当事人约定对抵押房屋投保并不违反法律规定。但是抵押房屋的保险费必须由抵押人负担就不合理了。就本案而言，究竟由李克元来支付保险费，还是由银行来支付保险费，是属于合同的内容，应当由当事人自己协商确定，不应强加给贷款人。尽管购房人为了得到银行的贷款，往往会答应银行提出的条件，由购房人支付房屋的保险费用，但是李克元一方面要向银行支付高额的利息，另一方面还要不情愿地为了银行的利益支付保险费，这对于李克元而言是享有了较少的权利而承担了过多的义务。而作为合同当事人的银行则利用自己的特殊

地位，几乎转移了全部商业风险而只享有利润，这就不是正常的市场经济行为了。可以看出，银行以格式合同的方式达到这种目的，严重违反了我国《合同法》的规定和精神，应当认定银行的行为无效。

《保险法》第39条规定："人身保险的受益人由被保险人或者投保人指定。投保人指定受益人时须经被保险人同意。投保人为与其有劳动关系的劳动者投保人身保险，不得指定被保险人及其近亲属以外的人为受益人。被保险人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，可以由其监护人指定受益人。"根据以上规定，人寿保险的受益人由被保险人或投保人指定。虽然购房人作为被保险人和投保人，有权指定银行作为保险金受益人，但是该指定并不是完全自愿的，而是在受到外来经济压力的情况下不得不做出的选择。根据人身保险法律规定的精神，指定受益人必须避免诱发或者产生道德风险。如果受益人的指定是在受到外来经济压力的情况下做出的，并且受益人是被保险人的债权人，被保险人和受益人之间存在着重大的债权债务关系，一旦作为担保银行债权的房屋出现无法办理抵押登记的情况，不能为银行的债权提供担保，债务人又无法提供新的担保，甚至不能偿还债务的情况下，银行的债权只能求助于债务人的死亡保险金来偿还。因此可以说该项指定存在着诱发或者产生道德问题的风险。因此，在本案中，银行要求李克元购买一定期限的人寿保险，并要求李克元指定自己为受益人，违背了《保险法》的规定和精神。

即使退一步说，在办理房产证并重新进行房地产抵押登记之前，购房人李克元死亡的，也不影响银行的担保利益。因为房屋虽然尚未竣工或者李克元还没有取得产权证书，但是银行对该房屋的抵押已经进行了抵押登记或者在合同上做了相应标记，所以就具有了公示的法律效力。银行取得的担保权利在本质上属于担保物权。根据物权的追及性，无论房产的所有权或者期待的所有权转移到何人之手，都不改变以该房产担保债权人实现债权的性质。在债权人不能获得清偿时，都可以以该房产

折价或者变卖优先受偿。《城市房地产抵押管理办法》第40条规定："有下列情况之一的，抵押权人有权要求处分抵押的房地产：(一)债务履行期满，抵押权人未受清偿的，债务人又未能与抵押权人达成延期履行协议的；(二)抵押人死亡，或者被宣告死亡而无人代为履行到期债务的；或者抵押人的合法继承人、受遗赠人拒绝履行到期债务的；(三)抵押人被依法宣告解散或者破产的；(四)抵押人违反本办法的有关规定，擅自处分抵押房地产的；(五)抵押合同约定的其他情况。"就本案而言，如果房屋尚未完工，银行则可以以债务人李克元的财产(包括向开发商请求交付房产，办理产权证书的权利)清偿其债权，从而可能使银行有权请求开发商向自己交付房产，也无损于以该房产担保其债权。总之，以购买的房屋作为购房人向银行贷款的抵押担保，是保全银行债权实现的重要方式，为所购买房屋购买财产意外灭失的保险是加强这种保险方式效力的有力措施。但是，银行以格式合同的形式强制购房人全部支付房屋保险费，则显失公平。同时，银行要求购房人以购买一定期限的人寿保险来担保银行债权，这是银行强加给借款人的不必要的负担，违反了《保险法》的规定，应当认定为无效。



17. 借款人不按约定用途使用贷款，贷款人能否解除合同？

【案情】

刘齐家从事个体运输业务。2004年，刘齐家为扩大经营规模，向银行申请贷款。某商业银行与刘齐家签订一份借款合同。合同主要约定：借款金额为30万元，借款期限为一年，还款期限为2005年8月底，利息按央行公布的同期同类贷款利率计算；借款用途为购买汽车。刘齐家利用该笔借款中的20万元购买汽车，另外10万元用于偿还其他债务人的债务。某商业银行发现后，立即要求刘齐家偿还借款。而刘齐家则认为，借款期限未到期，不愿偿还。商业银行于是起诉至法院，要求解除借款合同，并要求刘齐家立即归还借款30万元及相应的利息。

【争鸣】

■ 某商业银行提出，刘齐家未按照合同的约定使用借款，构成违约，因此商业银行可以解除合同及要求其提前归还借款。

■ 刘齐家提出，根据合同的约定，借款未到期，商业银行应该严格履行合同的约定，无权要求提前归还借款。



【律师点评】

在本案中，商业银行要求提前收回贷款以及解除合同是有法律依据的，应当予以支持。《合同法》第196条规定："借款合同是借款人向贷款人借款，到期返还借款并支付利息的合同。"第197条规定："借

款合同采用书面形式，但自然人之间借款另有约定的除外。借款合同的内容包括借款种类、币种、用途、数额、利率、期限和还款方式等条款。”本案主要涉及到的是借款合同中借款人的权利义务问题。其中，借款人主要享有的权利是：有权自主申请借款并依金融机构规定的条件取得借款；有权按照合同约定的时间和数额提取和使用借款；有权拒绝借款合同以外的任何附加条件；有权向贷款人的上级反映和举报贷款人违反法律或者合同的有关情况。同时，借款人负有如下义务：

（一）借款人应当提供真实情况的义务。根据《合同法》第199条的规定：“订立借款合同，借款人应当按照贷款人的要求提供与借款有关的业务活动和财务状况的真实情况。”贷款人在决定向借款人借款时，要了解借款人的业务活动和财务状况，以确定贷款的安全性，确保贷款以后能够按时收回。借款人提供的情况主要有：第一，借款人资格方面的情况。提供这方面的情况主要是为了方便贷款人审查借款人是否具有贷款资格。第二，借款人财务状况的真实情况。借款人可以按照贷款人的要求，如实提供所有的开户行、账号及存贷款余额情况，使贷款人全面充分地了解借款人实际账面资金的运作情况，以便贷款人能判断借款人偿还借款的能力。借款人还应当提供财政部门或会计师事务所核准的上年度财务报告，使贷款人了解即期的生产经营情况和财务状况，从而在总体上把握借款人的经营和资信状况，保障借款的安全。

（二）按约定的日期、数额收取借款的义务。根据《合同法》第201条的规定：“借款人未按照约定的日期、数额收取借款的，应当按照约定的日期、数额支付利息。”按照约定的日期和数额收取借款是借款人的义务。借款人在订立借款合同后，生产经营可能会发生一些变化，或者借款人从其他渠道得到了所需的资金，因而借款人在合同约定的收取借款的日期，出现不需要或者暂时不需要借款或者合同约定的借款数额的情况。对于贷款人来说，其主要是通过收取利息来营利的，所以，贷款人对自己的资金使用状况都有统一的安排和完整的计划，借款人如果未

按约定的日期、数额收取借款，必然会影响贷款人资金的正常周转，损害贷款人的合法利益。对于贷款人来说，所受到的损失就是利息的损失，因此，法律明确规定借款人未按照约定收取借款的，仍需按照合同约定的借款日期和数额向贷款人支付利息。这样不论借款人是否按照约定的日期及数额收取借款，都必须按照合同约定向贷款人支付利息。

（三）按约定期限支付利息的义务。根据《合同法》第205条的规定："借款人应当按照约定的期限支付利息。对支付利息的期限没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定，借款期间不满一年的，应当在返还借款时一并支付；借款期间一年以上的，应当在每届满一年时支付，剩余期间不满一年的，应当在返还借款时一并支付。"按照合同约定的期限、方式向贷款人支付利息是借款人的主要义务。借款人不仅应当按照约定的数额支付利息，而且还应当在约定的期限向贷款人支付。支付利息期限有多种：当事人既可以约定在借款期限届满偿还本金时一起支付利息，也可以约定在借款期间内分批向贷款人支付利息。



（四）按约定期限返还借款的义务。根据《合同法》第206条的规定："借款人应当按照约定的期限返还借款。对借款期限没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，借款人可以随时返还；贷款人可以催告借款人在合理期限内返还。"按照合同约定的期限返还借款是借款人的一项基本义务。

（五）按约定使用借款的义务。根据《合同法》第203条的规定："借款人未按照约定的借款用途使用借款的，贷款人可以停止发放借款、提前收回借款或者解除合同。""借款用途"是借款人使用借款的目的。虽然贷款人借款的目的是收取利息和本金，借款人使用借款的用途从表面上看和贷款人的利益并无直接的关系，但是，借款用途可能会影响贷款人到时候能不能收回贷款。借款用途与借款人能否按期偿还借款有着很直接的关系。借款人擅自改变借款用途，就会使原先当事人共同预期

的收益变得不确定，增加了贷款人的借款风险，最终导致借款难以收回。金融机构作为贷款人的，有些借款还是依据国家的宏观经济政策、国家的信贷政策和产业政策发放的，其借款用途和国家的经济政策有着直接的关系。如果不按借款用途使用借款，还会造成资金的使用不符合国家政策的情况。所以贷款用途一直作为借款合同当事人需要约定的重要内容，特别是金融机构作为贷款人的情况下，借款用途是合同中不可缺少的重要条款。

同时，《商业银行法》规定，贷款人贷款应当对借款人的借款用途等情况进行严格审查。借款合同中应当对借款用途做出约定。《贷款通则》规定，对于不按借款合同规定用途使用贷款的，贷款人可以对其部分或者全部贷款加收利息；情节严重的，由贷款人停止支付借款人尚未使用的贷款，并提前收回部分或者全部贷款。《合同法》再次明确借款人应当按照约定的用途使用借款，同时规定了借款人的违约责任。借款人违反了合同约定的借款用途使用借款的，贷款人首先可以停止发放未发放部分的借款，同时可以提前收回借款，此外，贷款人还有权解除合同。结合本案，根据刘齐家与商业银行的借款合同，借款使用目的是购买汽车，而刘齐家未能按约定使用贷款，已经违反了《合同法》第203条的规定。可见，商业银行可以行使提前收回借款的权利。

18. 借款人借离婚转移财产的，贷款人能否申请撤销财产分割协议?

【案情】

冯军原是某企业的办公室主任。下岗后赋闲在家，无所事事，一直考虑做点买卖。经过考察，冯军觉得服装批发生意有利可图，于是通过熟人介绍向某商业银行贷款 10 万元做起了服装批发生意，贷款期限为 3 年。由于是初次经营，冯军不太懂行，结果生意失败，没有赢利一分钱。为规避法律义务，冯军与妻子朱雁协议离婚。冯军原有的一套两室一厅的住宅（现在已升值为 23 万元）归朱雁所有。贷款到期后，该市某商业银行多次上门催冯军还款。在多次催要无果的情况下，该市某商业银行向冯军发了最后还款通牒，要求冯军在 1 个月内还款，否则将其房屋拍卖。冯军表示其已经与朱雁离婚 2 年，那套两室一厅的住宅已归前妻朱雁所有，自己身无分文，已无财产偿还这 10 万元的债务。于是，该市某商业银行将冯军告上法庭，要求法院撤销冯军在离婚时的财产分割协议，冯军返还银行贷款及利息。

【争鸣】

■ 商业银行提出，债务人冯军与其妻朱雁离婚，并将那套两室一厅的住宅无偿分给其前妻朱雁所有，这属于规避法律义务的行为，严重损害了债权人某商业银行的利益，因此某商业银行有权申请人民法院予以撤销。

■ 冯军提出，自己与朱雁离婚，那套两室一厅的住宅已归其前妻朱雁所有，这是已经发生的事实，而且与债务人拖欠债权人某商业银行的

贷款无关，因此某商业银行无权申请人民法院予以撤销。



【律师点评】

本案中，某商业银行可以通过诉讼程序申请撤销债务人冯军的行为，从而保障自己的债权能够实现。理由是：我国《合同法》第74条规定："因债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产，对债权人造成损害的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。债务人以明显不合理的低价转让财产，对债权人造成损害，并且受让人知道该情形的，债权人也可以请求人民法院撤销债务人的行为。撤销权的行使范围以债权人的债权为限。债权人行使撤销权的必要费用，由债务人负担。"具体来说，债权人行使撤销权必须符合以下条件。

（一）从客观表现来看，应具备以下条件：（1）债务人有使自己的财产减少或者负担增加的行为。债务人使自己财产减少或者负担增加的行为包括放弃对债权人以外的其他人（以下称第三人）的债权、无偿将财产转让给第三人、明显低价将财产转让给第三人。（2）债务人的行为发生在合同成立生效之后。债务人使自己财产减少或负担增加的行为必须发生在合同成立生效之后。债务人在合同成立生效之前处分自己财产的行为不能作为撤销权的行使条件。（3）债务人的行为已经发生法律效力。如果债务人的行为尚未发生法律效力，或者说根本不会发生法律效力（例如属于无效民事行为），财产所有权就尚未发生转移，则债权人不需要通过使撤销权来实现自己的债权，而可请求法院宣告债务人的行为是无效民事行为。（4）债务人的行为必须已经或将要严重损害债权人的债权。债务人减少自己财产的行为是否严重损害债权人的债权，以是否使债权人的债权不能实现为标准。如果债务人减少自己财产的行为已经或将要使债权人的债权不能实现，则可以认为债务人的行为严重损害了债权人的债权。如果债务人减少自己财产的行为并不影响债权人债权

的实现，则可以认为债务人的行为没有损害债权人的债权，债权人就不能对债务人的行为行使撤销权。

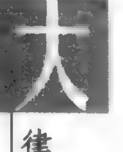
（二）从当事人的主观因素来看，应具备以下条件：（1）如果债务人使自己财产减少的同时没有从对方（第三人）获取利益，则不管对方（第三人）是否知道债务人的行为有害于债权人的债权，债权人均可行使撤销权。这种情形包括债务人放弃对第三人的债权、无偿转让财产给第三人。（2）如果债务人使自己财产减少的同时也相应从对方（第三人）获取利益，此时应区别两种情形：①如果债务人使自己财产减少的同时从对方（第三人）获取的利益非常微小，则只有在第三人知道债务人的行为有害于债权人的债权的情况下，债权人才可行使撤销权。这种情形一般指债务人以明显低价转让财产给第三人。如果债务人以明显低价转让财产给第三人时，第三人并不知道债务人的行为有害于债权人的债权，则债权人不得行使撤销权。②如果债务人使自己财产减少的同时也从对方（第三人）获取了相当的利益，此时，不管第三人进行交易时是否知道债务人的行为有害于债权人的债权，债务人与第三人之间都是正常的交易行为，该交易行为和债权人与债务人之间的交易行为是同等效力的。在这种情况下，债权人不能行使撤销权。



债权人撤销债务人的行为后，产生如下效力：（1）对债务人而言，债务人的行为因被撤销而自始无效，包括：债务人放弃自己债权的，视为未放弃；债务人无偿或明显低价转让财产的，视为未转让；债务人承担债务的，视为未承担；债务人向其他人让与债权的，视为未让与。（2）对相对人而言，因债务人的行为被撤销，相对人从债务人的行为中取得的财产和财产权利应返还给债权人，而非返还给债务人，原物不能返还时应折价补偿。（3）对债权人而言，有权请求第三人向自己返还该第三人从债务人处取得的财产和财产权利。这些财产和财产权利返还给债权人后，债权人不能直接从中实现债权，则有义务将其加入到债务人的总财产中，作为保全全体一般债权人债权实现的共同担保财产。然后，

债权人才可以从债务人的总财产中实现债权。如果这些财产和财产权利是债权人债权的标的，则债权人可直接从第三人返还的财产和财产权利中实现债权。

在本案中，某商业银行若要实现债权，存在一个先决条件，即冯军必须有足够的财产偿还债务，而冯军曾经有足够财产即住宅来偿还债务，但现在冯军已在离婚财产分割协议中将住宅无偿分给其前妻。在这种情况下，某商业银行欲实现债权，只能根据法律关于债权人行使撤销权的规定，撤销冯军无偿转让财产的行为。



19. 民间借贷利率约定不明确的，应否支付利息？

【案情】

王世涛经营药材生意，为经营需要，向生意伙伴张千帆借款。王世涛向张千帆出具一张借条，借条载明：借款40万元，2004年底付还13万元，2005年底还27万元。在2004年度，王世涛按照约定偿还了13万元，并向张千帆支付了1年的利息，利息是按照月利率12%计算。2005年11月，双方因偿还借款问题发生纠纷，张千帆把王世涛告上法庭，要求王世涛偿还27万元的借款并要求按月利率12%支付利息。但未就利率问题提供确凿证据。王世涛承认双方曾约定借款支付利息和自己已按12%的月利率支付了1年的利息，但提出利率是支付利息时临时商定的，双方并没有继续按月利率12%支付利息的约定。



【争鸣】

■ 张千帆提出，王世涛于2004年度支付了1年的利息，并且利息是按照月利率12%计算，这是双方在实际履行过程中对借款合同进行了变更，应当予以认同，因此认为王世涛应向张千帆支付相应的利息。

■ 王世涛提出，自己不需要支付利息，理由是：根据《合同法》第211条规定："自然人之间的借款合同对支付利息没有约定或约定不明的，视为不支付利息。自然人之间的借款合同约定支付利息的，借款的利率不得违反国家有关限制借款利率的规定"，认为借条上并未载明利息，即未约定借款合同的利息，因此，自己不需要向张千帆支付利息。



【律师点评】

民间借贷实际上就是《合同法》第210条规定的自然人之间的借款合同，《合同法》中的借款合同以调整一方为金融机构的借款关系为主，同时，也对自然人之间的借款合同作出了一定的规定。自然人之间借款的情况在社会生活中广泛存在。自然人之间的借款合同与金融机构作为一方当事人的借款合同有所区别。其中最主要的一点就是自然人之间的借款合同是实践合同。根据《合同法》的规定，该合同仅有双方当事人的合意不能成立，必须要有实际的交付行为，即合同是在贷款人提供借款时生效，无论当事人的合同采取的是口头形式还是书面形式。这样规定主要是因为金融机构为借款人的借款合同一般标的数额较大、订立合同的手续复杂、严格，需要遵守有关法律、行政法规及规章的规定。同时，这类合同往往需要设定担保，作为主合同的借款合同不是仅有意思表示的一致就可以成立。因此，金融机构借款时，贷款人与借款人达成书面协议，借款合同即为成立。自然人之间借款一般都是互助性质的，不支付利息的情况居多，当事人在借款活动中关注的是借款这一事实能否被证明，因而对合同的形式并不注意。很多情况下是一手交钱，另外再写一个简单的借据，形式上比较简单，过程也不那么复杂。即使当事人采用了书面形式，借款人不支付借款的，也不宜要求其必须支付，否则会给借款人增加过重的责任。

根据《合同法》第211条的规定："自然人之间的借款合同对支付利息没有约定或者约定不明确的，视为不支付利息。自然人之间的借款合同约定支付利息的，借款的利率不得违反国家有关限制借款利率的规定。"一般情况下，向金融机构借款的，借款人都需要根据借款的期限等情况向贷款人支付利息。这主要是因为金融机构一般都是营利性的，要通过贷款收取的利息来获利。根据《合同法》第204条的规定，金融机

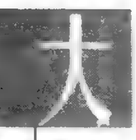


构借款的利率应当按照中国人民银行规定的贷款利率的上下限确定。自然人之间的借款则不一定要支付利息，因为许多情况下自然人之间的借款不是出于营利目的，而是出于亲情、友情等等情感因素。当然当事人也可以约定支付利息。当事人对利息没有约定或者约定不明确的，视为无息借款，借款人可以不向贷款人支付利息。自然人之间借款利率的确定也应当符合国家有关利率限制的规定。对自然人借款利率作出限制，其目的主要是为了防止贷款人高利放贷的行为。

1991 年最高人民法院公布的《关于人民法院审理借贷案件的若干问题》中对民间借贷的问题作出了规定，明确民间借贷可以适当高于银行的利率，各地人民法院可根据本地区的实际情况具体掌握，但最高不得超过银行同类贷款利率的四倍(包含利率本数)。超过此限度的，超出部分的利息不予保护。近些年来，我国在司法实践中对高利借贷行为的认定也是依据该规定处理的，因此，在没有新规定的情况下，自然人之间借款的利率的确定不得违反最高人民法院的有关规定。“利息”是债务人向债权人支付的货币报酬，《合同法》规定的利息是贷款人给予借款人的一种物质鼓励。“利率”是在一定时期内贷款人付给借款人的利息数与存款数的比例。利息与利率的关系为：利息＝本金×天数×利率。因此，利息与利率是不同的两个概念，当事人因利率发生争议，并不必然导致利息约定不明。由于自然人之间的借款多为急用，且多发生在亲友之间，所以，自然人之间的借款合同或者借款合同的主要条款采用口头形式比较普遍。从《合同法》第 211 条的分析可见，《合同法》忽视了这方面的问题，对当事人因利率发生争议应如何处理没有作出明确的规定。

由于最高人民法院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见》(试行) 第 124 条对借款双方因利率发生争议的问题，已经作出了明确的规定。该规定虽然是在合同法施行前制定实施的，但与合同法没有根本的抵触，因而在未正式废止前，仍应当是有效的。即对自然人之间的

借款合同，在当事人约定有利息的前提下，如果双方对借款利率约定不明，又不能证明的，可以比照银行同类贷款利率计息。具体到本案，张千帆认为借款时双方口头约定利息按月利率12%计，借款后，王世涛已按约支付了一年的利息；王世涛承认已支付了一年的利息，但提出，双方对利率没有具体的约定。说明借款时双方口头约定王世涛需支付利息。在当事人有约定利息的前提下，而张千帆无法举证证明月利率按12%计。根据最高人民法院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见(试行)》第124条的规定，借款双方因利率发生争议的，可以比照银行同类贷款利率计息。因此，本案的处理应该是要求王世涛支付利息，利率按照银行同期同类贷款利率计算。



20. 借款人怠于行使到期债权，贷款人能否代位取得?

【案情】

张明皓、李炼是中学同学，二人从小一起长大，交情很不一般。高中毕业后，张明皓下海做起了服装生意，买卖很是红火。而李炼则通过关系进了一家农机公司，收入不高。看到好朋友的钱越赚越多，李炼的心里也痒痒起来，于是便打算辞职下海做生意。李炼看中了餐饮业，便从张明皓那里借来了20万元的启动资金，开起了餐馆。但由于没有经营管理经验，很快生意便陷入困境，不得不关门歇业。而此时的张明皓也因为要急于购进一批夏装而四处筹措资金。张明皓找到李炼，希望他能归还一部分借款，以缓解自己资金紧张的现状。李炼认为张明皓不应该在自己最困难的时候来要欠款，这种雪上加霜的做法不够仗义，于是便以自己所有的钱都赔到了生意里为名予以推脱。张明皓通过李炼的妻子得知李炼在一年前曾经借给自己的表弟10万元钱买房，现在已经到了归还的时候。于是张明皓便找到李炼，希望他能在收回这笔借款后归还自己一部分。李炼表示自己碍于亲戚情面不好张嘴要钱，如果张明皓一定要钱，就让张明皓自己去要。张明皓找到李炼的表弟，向他说明了来意，李炼的表弟表示，自己借的是李炼的钱而不是张明皓的钱，张明皓没有权利来向自己要钱。张明皓感到气愤和无奈，遂向人民法院提起诉讼，要求李炼及其表弟清偿债务。

【争鸣】

■ 张明皓提出，虽然自己与李炼及李炼的表弟之间存在不同的债权债务关系，但由于在李炼和李炼的表弟之间的债务到期的情况下，李炼

对于债权的行使不积极，这直接影响到了自己债权的实现，根据《合同法》的相关规定，自己可以行使代位权向李炼的表弟要求这10万元钱。

■ 李炼的表弟提出，自己与张明皓之间并不存在债权债务关系，根据债权的相对性原则，张明皓是与李炼借贷关系中的债权人，而李炼才是与自己这一借贷关系中的债权人，两个不同的借贷关系不能混淆，张明皓没有权利作为债权人向自己索要这10万元钱。

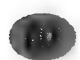


【律师点评】

本案涉及到的法律问题是代位权。所谓代位权是指当债务人怠于行使其对债权人以外的其他人所享有的权利而有害于债权人的债权时，债权人为保全自己的债权，可以以自己的名义代为行使债务人的权利。“代位”是指代替债务人的地位。也就是说，代位权就是代替债务人行使债务人的债权。债权人行使代位权需要符合一定的条件，即：

第一，债务人对于第三人享有债权。该债权必须符合如下条件，(1)必须是现时存在的有效的债权，债务人与第三人的债权无效时，债权人不得行使代位权。(2)该债权不具有专属性。专属于债务人的债权不能作为行使代位权的对象，如，债务人的子女应向债务人支付的扶养费用专属于债务人，债权人不得代为行使。

第二，债务人怠于行使自己对该第三人的债权。债务人怠于行使自己对第三人的债权，应当符合如下条件：(1)债务人应当行使债权。如果债务人对第三人的债权尚未到履行期限，则债权人不能行使代位权。债权人行使代位权必须债务人对第三人的债权已过行使期限，若债务人不及时行使债权，其债权就可能因为时效届满而消灭或者会有其他财产上的不利。(2)债务人能够行使债权。也就是说，债务人行使对第三人的债权并无任何障碍，债务人完全可以通过自己和代理人行使债权。(3)债务人不主张权利或迟延行使权利。债务人没有明示放弃对第三人的债权，



但对该债权处于消极的、不行使的状态。如果债务人明示放弃对第三人的债权，债权人应该行使的是撤销权而不是代位权了。

第三，债务人怠于行使自己债权的行为有害于债权人的债权。债务人怠于行使自己对第三人的债权必须影响到债权人债权的实现，如果债务人怠于行使自己对第三人的债权并不影响债权人债权的实现，则债权人不能行使代位权。只有在符合以上条件的情况下，债权人才可以行使代位权。

代位权的行使必须通过诉讼的方式进行，具体来说，(1) 债权人以自己的名义请求人民法院代位行使债务人的债权，即请求第三人向债务人履行债务。在行使代位权的诉讼中，原告一定是享有代位权的债权人。被告则是债务人的债务人。(2) 债权人只能在债权范围内行使代位权。债权人行使代位权不能超出债权的范围。(3) 债权人只能在法定的期限内行使代位权。债权人行使代位权应当符合 2 年的普通诉讼时效或者 1 年的短期诉讼时效的规定，即从债务履行期限届满起算，债务人怠于行使其债权尚未超过 2 年或者 1 年的诉讼时效。如果超过这一期限，债权人不得再行使代位权。(4) 债权人行使撤销权的必要费用由债务人承担。

在本案中，张明皓的债务人李炼对第三人即李炼的表弟享有 10 万元的债权，而对于这一到期债权，李炼在可以行使的情况下以种种理由为名怠于行使，从而使张明皓的债权无法得到实现。由此可见，这一情形符合代位权的行使条件。根据《合同法》第 73 条的规定，因债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权，但该债权专属于债务人自身的除外。代位权的行使范围以债权人的债权为限。债权人行使代位权的必要费用，由债务人负担。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第 11 条规定："债权人依照合同法第七十三条的规定提起代位权诉讼，应当符合下列条件：（一）债权人对债务

人的债权合法；（二）债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害；（三）债务人的债权已到期；（四）债务人的债权不是专属于债务人自身的债权。”第12条规定：“合同法第七十三条第一款规定的专属于债务人自身的债权，是指基于扶养关系、抚养关系、赡养关系、继承关系产生的给付请求权和劳动报酬、退休金、养老金、抚恤金、安置费、人寿保险、人身伤害赔偿请求权等权利。”第13条规定：“合同法第七十三条规定的“债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的”，是指债务人不履行其对债权人的到期债务，又不以诉讼方式或者仲裁方式向其债务人主张其享有的具有金钱给付内容的到期债权，致使债权人的到期债权未能实现。次债务人（即债务人的债务人）不认为债务人有怠于行使其到期债权情况的，应当承担举证责任。”因此，张明皓可以通过诉讼的形式，对李炼的这10万元债权行使代位权，以维护自己的合法权益。诉讼费用应当由李炼承担。



21. 债务人不承认欠条是自己所写，应否承担举证责任？

【案情】

人们通常认为，欠债还钱，天经地义，只要手里有借条，肯定能要回钱来，但在诉讼活动中却没有这么简单。安顺年与孔化民是多年的街坊，也是同事，两个人平时关系比较密切。不过，谁也没有想到，这两个老朋友竟然打起了官司。2004 年 8 月，安顺年凭一张金额为 5000 元，落款人为孔化民的欠条，到人民法院提起诉讼，要求孔化民偿还欠款。孔化民矢口否认该借条为自己所写，指责安顺年的行为属于敲诈。法官提出对欠条进行笔迹鉴定。但安顺年和孔化民都认为应当由对方申请鉴定和预交鉴定费用。由于双方互相推诿，鉴定无法进行。

【争鸣】

■ 安顺年提出，自己向法庭提交了欠条作为证据，证明当事人双方之间债务关系存在，完成了自己的举证责任。现孔化民对欠条予以否认，应当承担举证责任。

■ 孔化民提出，欠条属于伪造的，不能自动证明债务关系存在。原告应当就欠条的真实性负举证责任。



【律师点评】

本案的关键在于孔化民关于“欠条不是自己所写”的答辩究竟是一种事实主张，还是一种抗辩理由？这决定了由谁提出鉴定申请，并预交鉴定费用。如果孔化民答辩是事实主张，那么他就负有证明自己主张事

实成立的证明责任，应当申请笔迹鉴定。在其拒不申请鉴定的情况下，就应当承担举证不能的责任。如果认可其答辩是辩解理由，那么孔化民无须再提出证据加以证明，不承担举证责任。

待证事实通常分为产生权利的事实、妨碍权利产生的事实和权利消灭的事实，谁主张相应事实，谁就应该对该事实加以证明。根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》，在合同纠纷诉讼中，主张合同关系成立并生效的一方当事人对合同订立和生效的事实承担举证责任；主张合同关系变更、解除、终止、撤销的一方当事人应对合同关系变动的事实承担举证责任。安顺年持欠条到法院提起诉讼，属于主张合同关系成立并生效的一方当事人，其待证事实是产生权利的事实，应承担合同关系成立并生效的举证责任。能否认为，安顺年向法庭出示了证据，证实了合同关系成立并已生效，完成了举证责任，孔化民的反驳是一种事实主张，应当承担证明欠条是伪造的证据的举证责任呢?

对此，应当看到，在安顺年出示的欠条遭到对方否认的情况下，该欠条还不足以证明合同关系的成立，因为该欠条的真实性尚存在疑问。在这里，孔化民关于“欠条不是自己所写”的答辩是一种辩解理由，而不是事实主张。依据民事诉讼的证明标准理论，民事诉讼的证明标准应当是一种盖然性的证明要求，这种盖然性应当是高度盖然性，就是说证据虽然没有达到使法官对待证事实确信只能如此的程度，但已经相信存在极大可能或非常可能如此的程度。所以，在孔化民提出上述答辩理由的情况下，安顺年持有的证据显然不能达到这种高度盖然性的证明要求，也就不能确认安顺年的证明责任已完成。

另外，在证据理论上待证事实还有积极事实和消极事实之分，对于积极的事实，主张该事实的一方当事人应承担举证责任，对于消极的事实，主张该事实的一方当事人无须承担证明责任，例如，一方当事人主张另一方当事人借款，另一方当事人辩称“没有借钱”，这是一种消极事实，另一方当事人不承担证明没有借钱的事实的证明责任。相反，若是

一方当事人辩称“钱是赠与的”，则是一种积极事实，应承担证明他方赠与事实的证明责任。在本案中，安顺年主张显然是欠条真实有效，这是一种积极事实的主张，所以，安顺年应承担达到证明责任，而且要达到高度盖然性证明标准的要求。相反，孔化民辩解欠据非其所写，是一种消极事实，无须承担证明责任。

综上所述，在本案中，安顺年应承担证明责任，提出鉴定申请，交纳预交鉴定费用。



22. 欠条未署本人名字的，应否承担还款责任?

【案情】

傅仁义是远近闻名的种粮大户。2004 年 3 月，傅仁义给某粮行供应面粉，双方未即时结清货款。闵修诚给傅仁义出具一张欠条，暂欠傅仁义粮款 5000 元。落款为：某粮行。2004 年 12 月，傅仁义以闵修诚为被告提起诉讼，请求判决闵修诚支付所欠粮款 5000 元。闵修诚以 5000 元欠条是受雇于某粮行期间代某粮行所写，自己并非该欠条的债务人为由拒付该欠款。闵修诚未就上述主张提供证据。傅仁义除欠条外也未能提供其他证据。

【争鸣】

■ 傅仁义提出，闵修诚以某粮行的名义向自己收购面粉，拖欠粮款 5000 元，以某粮行的名义出具了欠条。但真正的债务人是闵修诚。某粮行也拒绝代其承担还款责任。因此，请求人民法院判决闵修诚履行债务，偿还欠款。

■ 闵修诚提出，欠条是自己代某粮行收购粮食时所写，债务人是某粮行，欠条的署名也足以证明这一点。傅仁义要求自己承担偿还责任，没有事实和法律依据，请求人民法院予以驳回。



【律师点评】

在本案中，傅仁义主张落款为“某粮行”的欠条为闵修诚所写，闵修诚应支付欠款；闵修诚承认欠条为自己所写，但认为自己是代某粮行

书写欠条，自己不是债务人，不同意支付欠款。而除了欠条之外，当事人双方均未提供其他证据。在这种情况下，谁应当承担举证责任，即是由傅仁义承担“应由闵修诚对其所写欠条负责”的举证责任，还是由闵修诚承担“自己不应对所写欠条负责”的举证责任，决定着诉讼结果。对此，应当从以下几个方面分析。

首先，闵修诚对自己反驳傅仁义诉讼请求所依据的事实应承担举证责任。傅仁义举出欠条已经证明的事实是：自己为债权人；欠款额和欠款理由。欠条未证明的事实是：落款为“某粮行”名称的欠条为谁所写，即闵修诚是否是欠条的行为人。通过庭审质证，闵修诚已经认可落款“某粮行”的欠条为自己所写，欠条行为人为闵修诚。欠条文字未证明的事实经过庭审质证得到证实。因此傅仁义关于欠条的行为人是闵修诚的举证责任已经完成。行为人对自己的行为承担责任，这是众所周知的事实。故闵修诚作为完全民事行为能力的人，应对自己的民事法律行为承担民事责任，即闵修诚对自己以“某粮行”名义所写欠条形成的债务应由自己承担。

本案中持有欠条人为债权人，那么行为人即为债务人，傅仁义证实了行为人也即证实了债务人。通过庭审中举证质证，欠条和双方陈述一致的事实，已经证明傅仁义完成了自己作为欠条行为相对人应承担的举证责任，也即完成了对自己诉讼请求所依据事实的举证责任。闵修诚认为自己不应对自己出具欠条的行为承担责任，即行为人认为自己对自己的民事法律行为不应承担民事责任，这是行为人闵修诚为反驳行为相对人又提出的新的诉讼请求所依据的事实。其以新的事实反驳对方的主张应承担举证责任。闵修诚没有举证证明自己主张的事实，应承担不利后果。

其次，应由主张法律关系存在的当事人承担举证责任。在本案中，傅仁义主张的是与某粮行之间不存在买卖关系（买卖双方实际上是傅仁义与闵修诚），而闵修诚主张的是傅仁义与“某粮行”之间存在买卖关系。傅仁义主张闵修诚与某粮行之间不存在雇佣关系，而闵修诚主张其

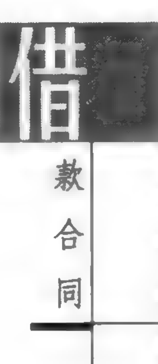
与某粮行之间存在雇佣关系。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第5条规定："在合同纠纷案件中，主张合同关系成立并生效的一方当事人对合同成立和生效的事实承担举证责任；主张合同关系变更、解除、终止、撤销的一方当事人对引起合同关系变动的事实承担举证责任。……"因此无论闵修诚是主张傅仁义与某粮行之间买卖关系成立，还是主张与某粮行之间雇佣关系成立，承担举证责任及其不利后果的均应为闵修诚，并非傅仁义。

最后，是否代写应由主张有代理权的当事人承担举证责任。闵修诚书写了落款为"某粮行"的欠条，故其为书写欠条的行为人。傅仁义持有欠条，是出具欠条行为的相对人。落款为"某粮行"的欠条本身，只能证明书写欠条行为人使用了"某粮行"的名称，并未证明独立于书写欠条行为人和书写欠条行为相对人之外，还有单独参加欠条民事法律关系主体的第三人的存在，即并不能证明某粮行与书写欠条行为人闵修诚是分离的主体。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第5条规定："……对代理权发生争议的，由主张有代理权一方当事人承担举证责任。"最高人民法院《关于适用〈民事诉讼法〉若干问题的意见》第49条规定："……他人冒用法人、其他组织名义进行民事活动，……以直接责任人为当事人。"《民法通则》第66条规定："没有代理权、超越代理权或者代理权终止后的行为，只有经过被代理人的追认，被代理人才承担民事责任。未被追认的行为，由行为人承担民事责任。本人知道他人以本人名义实施民事行为而不做否认表示的，视为同意。"根据上述规定，闵修诚陈述自己是某粮行的代写欠条人，有无代理权就应由闵修诚承担该举证责任。闵修诚没有举证证明自己有代理某粮行的权利，也未证明自己是职务代理行为，即没有证据证明自己是代理他人书写欠条，也没有证据证明他人追认自己书写欠条的行为，那么闵修诚书写落款为"某粮行"的欠条，其本人就为该欠条当事人，由其本人承担该欠条责任。

23. 债务人对代签欠条不予认可的，如何处理？

【案情】

某公司与经营家电的个体户梅向阳存在业务往来关系。由于经营中的不规范，某公司向梅向阳供货时，双方很少订立书面合同，基本是通过电话进行口头约定。2003年2月至10月间，某公司陆续向梅向阳供货，货款除当时结清的外，由收货方出具欠款条，共有7张欠条，欠款合计63000元。但由梅向阳亲笔签写的欠条只有3份，共计35000元，其余4份欠条据某公司称是由其写好欠款内容后由梅向阳的儿子梅军在落款处代签"梅向阳"的姓名，证明梅向阳欠款。2004年1月，某公司因在催收欠款的过程中与梅向阳发生纠纷，向人民法院起诉，要求法院判令被告梅向阳立即给付所欠货款63000元，并承担案件的诉讼费用。在该案的审理过程中，被告梅向阳除认可3份由梅向阳亲笔签写的欠条外，表示不清楚其儿子代签欠条的情况，对其余4份欠条上的签名"梅向阳"以及欠款内容均不予认可。而原告某公司除了欠条证据外，没有提供其他任何书面证据，包括合同、订单、传真、电报、发票、货单、对账单等等。梅军未到庭参加审理。



【争鸣】

■ 某公司提出，梅向阳的个体家电生意名义上的业主是梅向阳，但实际上其子梅军也参与经营。梅军代其父签署欠条，梅向阳是明知的；即便梅向阳不知情，梅军的行为也成立表见代理，某公司有理由认为梅军有权代表梅向阳签署欠条。因此，梅向阳应当承担全部债务的偿还责任。

■ 梅向阳提出，自己并未授权他人代自己接受货物和签署欠条。对

梅军擅自以自己的名义接受货物和出具欠条的情况，自己不知情，也不予追认。偿付责任应当由梅军个人承担，与自己无关。



【律师点评】

在本案中，被告梅向阳对某公司出示的由其子代其签名的4份欠条不予认可，而其子梅军又未到庭参加审理，某公司除了欠条外未能提供欠条证据证明欠款的事实。在这种情况下，对4张代签的欠条效力应当如何认定，成为本案的关键所在。



根据我国《民事诉讼法》和有关司法解释的规定，民事诉讼遵循“谁主张，谁举证”的一般原则。在本案中，原告某公司的事实主张是其与被告梅向阳有供货的业务关系，被告梅向阳欠其货款63000元。为证明该事实，某公司向法庭提供了7份欠条，欠条在此起到了证据的作用。该7份欠条能否证明原告所陈述的被告欠款63000元的事实，必须由法庭根据证据法律规则进行审核认定。法庭对证据的认定，一般要经过组织原、被告双方进行举证、质证，再由法官进行认证的程序。本案原告举出了欠条证据，被告的质证意见是认可3份由其亲笔签写的欠条，但否认由他人代签的其余4份欠条。此时，就需由法官对这4份欠条加以认证。根据证据认定的一般原则以及最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》，对证据的审核认定应从证据的真实性、合法性、关联性三个方面来判断分析。

第一，应审查本案原告提供的4份欠条有无真实性。在被告儿子梅军未到庭陈述认可的情况下，法官是无法确认该4份欠条系由梅军所签的。此时，欠条的真实性本身就成了待证的对象，因而证明欠条的真实性成了认定欠条证据的前提。但本案在被告推脱否认的情况下，要由原告来证明欠条的真实性是有相当大的难度的。一是梅军可能故意回避，原告要找到其就已经有难度；二是即使原告能找到梅军，要其作出不利



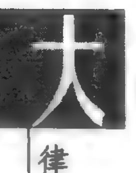
于其父、不利于己的事实证明或陈述，难度可想而知。

第二，要审查本案原告提供的7份欠条有无合法性，即是说即使梅军承认是由其代父签的欠条，也存在着一个委托代理和授权委托的法律关系问题。在被告矢口否认的情况下，梅军代其父写欠条，必须要有其父的委托授权才能证实其效力。只有经过了合法授权的行为，才能对被告产生法律约束力，所产生的法律责任才能由被告来承担。否则，如果构不成相当于有权代理的表见代理，将不能要求被告对这4份欠条负责。本案中既然被告已经否认了其子的"代签"行为，按一般常理，再要其承认对梅军的"代签"行为有过授权，客观上已经是不可能的了。

第三，要审查4份欠条与本案的关联性，所谓关联性是指证据反映的事实与本案事实主张、诉讼请求有不可分割的法律关系，依据该证据足以认定事实并作为定案的根据。证据只有具备了关联性，其真实性、合法性才有存在的意义，而证据的关联性又是以证据的真实性和合法性为前提的。证据的"三性"相辅相成，紧密结合，缺一不可。本案如果欠条的真实性和合法性都不能证实，要认定其关联性是不客观的，也显然没有必要、没有意义，此时其关联性便无从得以认定。通过对以上证据"三性"的分析，可以看出，根据原告某公司目前提供的证据的欠款，法官很难对7份欠条加以确认，只能作出否定性的认证结论。

本案反映了一些企业在市场经济中因法制观念淡薄而不规范经营的现象，它们欠缺法制的意识和法律常识，不严格依法办事，从而引发经济纠纷。在市场经营中为图省事、省钱（如避税）而不订合同，不办理业务往来的手续，不开具供货的税务发票，业务往来不做账。多通过电话，采取口头交易形式，订货、送货、收货等业务往来中缺乏必要的书面手续（如合同、订单、传真、电报、货单、发票等），催款时也意识不到办理书面要款、结账手续的重要性，或注意不到应与对方有权人员（如法定代表人、负责人、有授权的业务员、经办人或其他代理人）办理手续。这些做法在不少企业，尤其是一些私营、乡镇、个体企业已经成

了交易习惯。俗话说“亲兄弟，明算账”，手续一定要“清爽”。否则，因平时的疏忽，一旦形成法律纠纷、对簿公堂，在无法提供有效证据时，往往会产生诸如本案中的欠款事实、诉讼主体、责任主体等方面的争议纠缠，还会产生诸如质量异议、客户索赔、经济损失等等方面问题的扯皮推诿现象。当事人很有可能将要为其法制意识的淡薄和疏忽而耗时费力地打起“疲劳官司”、“徒劳官司”，或者“连锁官司”、“马拉松官司”，并为其法制意识的淡薄和疏忽而付出“买单”的代价。



24. 欠条未注明年份的，责任由谁承担?

【案情】

穆君亭经营一家超市，与班胜贤在生意上有往来。班胜贤因资金周转紧张，向穆君亭借款5万元。考虑到双方多年的合作关系，穆君亭没有拒绝。借款到期后，穆君亭找到班胜贤要求偿还欠款。班胜贤称最近生意不好，请求宽限一些时日，双方约定12月底归还，并在欠条上注明“12月底归还”字样。但一直到2003年10月，班胜贤仍未归还欠款。穆君亭以欠条为据，向人民法院提起诉讼，要求班胜贤偿还借款本息。庭审中，穆君亭先声称：2001年6月3日，班胜贤因缺钱向我借款5万元，并出据欠条一张，但欠条上只写了“6月3日”，未写年。同年催收时，班胜贤在欠条的右上角写明“12月底归还”。后经质证，穆君亭承认欠条写于2000年，但坚持“12月底归还”系2001年向班胜贤催收时书写。当事人双方均未申请对欠条进行鉴定。

【争鸣】

■ 穆君亭提出，2000年6月3日，班胜贤因缺钱向自己借款5万元，并出据欠条一张，但欠条上只写了“6月3日”，未写年。次年催收时，班胜贤在欠条的右上角写明“12月底归还”。但班胜贤到期仍不还款，请求判令班胜贤归还借款本金5万元及支付逾期利息。

■ 班胜贤提出，借款是在2000年6月3日而非2001年6月3日，“12月底归还”也写于2000年，穆君亭的起诉已超过2年诉讼时效，请求判决驳回其诉讼请求。



【律师点评】

在本案中，借款人出具的欠条和后来加注的承诺还款的时间，都没有注明年份。而借款人认为出借人在承诺还款的时间届满两年后起诉，已经超过了诉讼时效。在这种情况下，应当由谁承担举证责任呢？在此，首先要澄清以下两个问题。

（一）在本案中，班胜贤在欠条上加注的“12月底归还”没有写“年”，能否据此认为当事人约定的债务履行期限不明确，根据《合同法》第62条第4项“履行期限不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时要求履行，但应当给对方必要的准备时间”的规定，认为穆君亭随时可以要求班胜贤还款，班胜贤以时效抗辩的理由不能成立呢？《合同法》第62条规定：“当事人就有关合同内容约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，适用下列规定……”可见，适用第62条的前提是“依照第六十一条仍不能确定时”。而《合同法》第61条规定：“合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定。”《合同法》第206条也规定：“借款人应当按照约定的期限返还借款。对借款期限没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，借款人可以随时返还；贷款人可以催告借款人在合理期限内返还。”故当借款期限没有约定或约定不明时，先要依据“合同有关条款或交易习惯”来确定，而不能直接得出债权人可以随时主张权利的结论。

（二）在当事人均未申请鉴定的情况下，能否由法院主动委托鉴定，以确认欠条和加注的承诺还款时间的年份呢？答案是否定的。法院委托鉴定，应依据当事人的申请，主动委托于法无据。理由是：(1)鉴定结论也是证据材料之一，应适用有关证据方面的规定。最高人民法院《关于



民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《若干规定》）第二部分“人民法院调查收集证据”，只规定法院根据当事人的申请委托鉴定，并没有赋予法院主动委托鉴定的权力。（2）法院主动委托的实质就是依职权调查取证，《若干规定》对法院依职权进行的调查事项予以了严格限制。第15条规定：“《民事诉讼法》第六十四条规定的‘人民法院认为审理案件需要的证据’，是指以下情形：（一）涉及可能有损国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的事实；（二）涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等与实体争议无关的程序事项。”因此，法院依职权调查收集证据的范围，仅限于涉及公益或诉讼程序的事项，而本案争议的事实显然不在其列。即便当事人申请法院取证，法院也不能有申请就去，《若干规定》对此也作了限制。第16条规定：“除本规定第十五条规定的情形外，人民法院调查收集证据，应当依当事人的申请进行。”第17条规定：“符合下列条件之一的，当事人及其诉讼代理人可以申请人民法院调查收集证据：（一）申请调查收集的证据属于国家有关部门保存并须人民法院依职权调取的档案材料；（二）涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的材料；（三）当事人及其诉讼代理人确因客观原因不能自行收集的其他材料。”而且，本案双方当事人都已丧失申请鉴定的期间。《若干规定》第25条第1款规定：“当事人申请鉴定，应当在举证期限内提出。”本案双方当事人在举证期间都没有提出鉴定申请，在庭审结束前也没有提出。负有举证责任的一方未申请鉴定，系对自己义务的不作为，也是对其权利的漠视和放弃。《若干规定》第25条第2款规定：“对需要鉴定的事项负有举证责任的当事人，在人民法院指定的期限内无正当理由不提出鉴定申请或者不预交鉴定费用或者拒不提供相关材料，致使对案件争议的事实无法通过鉴定结论予以认定的，应当对该事实承担举证不能的法律后果。”

对本案的正确处理，应当是首先确定当事人的举证责任，而后由负有举证责任的一方承担举证不能的诉讼后果。

首先，穆君亭主张“12月底归是2001年书写”，系将还款时间确定在2001年12月31日前，引起了合同内容的变更，即还款时间的变更，根据《若干规定》第5条：“在合同纠纷案件中，主张合同关系成立并生效的一方当事人对合同订立和生效的事实承担举证责任；主张合同关系变更、解除、终止、撤销的一方当事人对引起合同关系变动的事实承担举证责任”的规定，穆君亭应对“2001年书写”承担举证责任。

其次，穆君亭在诉状中陈述“借款和催收在同一年（即2001年）”，班胜贤也承认发生在同一年（即2000年），但在开庭时穆君亭又改称借款与催收不是同一年，即“借款发生在2000年，催收在2001年”。如果不考虑具体的“年”份，穆君亭诉状陈述的“借款和催收在同一年”与班胜贤的抗辩相符，构成“先行自认”，客观上有利于班胜贤。根据《若干规定》第74条：“诉讼过程中，当事人在起诉状、答辩状、陈述及其委托代理人的代理词中承认的对己方不利的事实和认可的证据，人民法院应当予以确认，但当事人反悔并有相反证据足以推翻的除外。”故穆君亭应为其反悔承担举证责任。

再次，班胜贤“催收与借款发生在同一年”的抗辩符合书写习惯。“12月底归还”未写“年”而引发争议，属时间不明，即履行期限不明确。根据《合同法》第61条：“合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定。”首先应由穆君亭、班胜贤就书写时间进行协商，协商不成，则“按照合同有关条款或者交易习惯确定。”由于本案的合同就是欠条，从“12月底归还”上无法推测出催收时间，因此，只能按“交易习惯”来确定。本案的“交易习惯”就是书写习惯。按照书写习惯，两个时间写在一起而都只写月、日而无“年”时，这两个时间一般发生在同一年；如果不是同一年，应当加以区分，这是生活常识。班胜贤在出据欠条时没有写“年”，穆君亭在催收时班胜贤也没有写“年”，按照习惯，还款与借款的时间一般是

同一年。否则，出借人自应要求借款人写明“2001”，正是因为发生在同一年，才会都省略书写“年”，这种写法符合书写习惯。穆君亭已经承认借款时间是2000年，因此催收也应推定是2000年。

最后，催收时未明确“年份”这一重大事实，由穆君亭承担举证责任符合风险分配理论。如果穆君亭在2001年催收，班胜贤写“12月底归还”，明显与借款时间“6月3日”都未写“年”，按照一般生活常识，穆君亭应叫班胜贤加补，从而避免本案的诉讼风险，或者在班胜贤借款后不按期归还时及时起诉（即便班胜贤真承诺2001年底归还，穆君亭于2003年10月起诉，也存在怠于行使权利之嫌），焉有诉讼时效之虞，正是因为穆君亭对自己权利的漠视，才产生了争议结果。根据“谁能以最小的代价避免风险就由谁承担风险”的原则，本案也宜由穆君亭承担不利后果。

综上所述，“12月底归还”未写明“年”，应由穆君亭承担举证责任。穆君亭未能举证证明“12月底归还系在2001年书写”，根据《若干规定》第2条：“没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果”的规定，应当承担不利的诉讼后果，判决驳回其诉讼请求。

25. 手机短信能否证明借款事实?

【案情】

赵如麟向闵仁安借款8000元，出具了借条，约定还款期限为2011年12月。2012年4月，闵仁安向人民法院提起诉讼，称：赵如麟借款一直未还，自己几次向其索要，赵如麟均借故推脱，现请求人民法院依法判决赵如麟归还借款。闵仁安向人民法院提供了借条一张作为证据。在庭审过程中，赵如麟答辩称：借款已于2005年春节期间偿还。由于闵仁安称借条不在身边，当时未取回借条。事后，两人因故发生冲突，闵仁安为报复自己，以借条为据，要求自己重新偿还借款。赵如麟当庭展示了手机上储存的闵仁安发送的短信，内容为："借条尚未取回，过两天给你。放心，账已清，我不会再向你要了！"

【争鸣】

■ 闵仁安提出，手机短信不是合法的证据，其真实性无法保证。被告将其作为证据使用，不足以证明借款已经偿还。

■ 赵如麟提出，手机短信的真实性是可以证明的，法律也没有禁止手机短信作为证据使用。自己保存的闵仁安发送的短信足以证明借款已经偿还。



【律师点评】

《民事诉讼法》第63条规定："证据包括：（一）当事人的陈述；（二）书证；（三）物证；（四）视听资料；（五）电子数据；（六）证人证言；（七）鉴定意见；（八）勘验笔录。证据必须查证属实，才能

作为认定事实的根据。”这是人们比较熟悉的几种证据形式。但随着社会的发展，一些新的证据形式开始出现并在诉讼活动中得到应用。手机短信息就是其中之一。所谓手机短信息，是随着通信技术的发展以及信息网络的建立和完善而出现的一种通过电信运营商的信号网络进行传输的数字化通讯方式。它在人们的日常生活中广泛应用并出现在诉讼活动中。手机短信能否作为证据使用，是人们面临的一个新问题。

判断一个事物能否作为证据采用，必须考察其是否具备证据的“三性”，即客观性、关联性、合法性。手机短信息能否作为证据使用，也应当从这三个方面考察。

（一）所谓证据的客观性，是指证据作为已发生的案件事实的客观遗留，是不以人们的主观意志为转移的客观存在。手机短信作为移动通讯营运商信号网络连接的一种新型通讯方式，其主要工作原理是把人们所表达的意思转化为数字信号，并通过信号网络传输至对方手机，呈现在对方的手机屏幕上，因此互无“真迹”，一个指令也可轻易地修改或删除，从而有人对手机的客观性提出质疑。但易删改的特性并不能否定手机短信的客观性，能够证明案件真实情况的数字化形式的手机短信毫无疑问是客观存在，不是无法感知的虚幻的东西。在网络信号正常的情况下，手机短信一旦由发出方发出，即在接收方的手机上有直观显示，并在移动通讯营运商的服务器上有相应的记录。而且，从修改手机短信的技术难度来看，对于一般手机用户来说，直接在手机的短信收件箱中删改信息不太可能。因收件箱中的手机信息是只读文件，不能直接在收件箱中删改。如果以另存编辑方式修改信息内容，则会改变该信息的位置，如转移到草稿箱或发件箱中，不可能仍停留在收件箱。从一条手机短信的基本内容来看，存储于收件箱的信息均带有发信人名称、发信人的手机号码、发信时间等具体资料，而且移动运营商的操作系统中也有相应记录。因此，在本案中，赵如麟所提供的手机短信是储存在其手机上的信息，是不以人的意志为转移的客观存在，具有证据的客观性。

（二）所谓证据的关联性，是指证据必须与需要证明的案件事实或其



他争议事实具有一定的联系。换言之，一个证据必须有助于证明案件事实或其他争议事实，因此关联性又可以称为证据的“证明性”。手机短信的另一个显著特点就是对应性。每一个手机号码均对应一个唯一的用户，手机短信的收发只能在特定的两个手机号码之间进行，也即是特定的两个手机用户之间进行，这种对应关系可以由移动通讯营运商与用户的服务协议来证明。在没有其他相反证据的情况下，两个特定的手机号码之间的短信收发行为可认定为两个特定的用户之间在特定的时间发生的通讯行为。在本案中，赵如麟所提供的手机短信内容是关于债权债务的处理，而且信息发出方的号码正是闵仁安的手机号码。由此看来，手机短信与本案事实的关联性是毋庸置疑的。

（三）所谓证据的合法性，是指提供证据的主体（主要针对人证而言）、证据的形式（主要针对鉴定与现场勘验笔录而言）和证据的收集程序或提取方法必须符合法律的有关规定。就本案来看，赵如麟所提供的证据是自己的手机上储存的信息，并在庭审时当庭展示。由此可见，赵如麟收集、提取证据的过程没有侵害他人权益，是正当合法的。

同时也应当看到，从技术的角度手机短信毕竟存在被伪造、篡改后不留痕迹，同时受环境、技术的影响容易出错的可能，所以应将手机短信归入间接证据的范畴。所谓间接证据是与案件主要事实有间接联系的材料，只能佐证与案件有关的个别情节或片断，而不能直接证明案件的主要事实。但把若干间接证据联结起来，经过综合分析和推理，对于查明案件主要事实也具有十分重要的作用。因此，对手机短信应结合全案的其他证据来综合判断其证据效力。

综上所述，本案中赵如麟所提供的手机短信是数据电子形式表现其所载内容的客观存在，且证据内容与案件的待证事实之间存在客观联系，证据提取的方法不违反法律规定，符合证据“三性”的要求，是适格证据，具有证据效力。而且，赵如麟提供的手机短信与闵仁安提供的借条相互印证，因而构成一条完整有效的证据锁链，证明了赵如麟欠款已还的法律事实。

26. 当事人提供的欠条与其陈述自相矛盾的，能否证明欠款事实？

【案情】

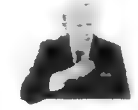


廖春龙是远近闻名的奶牛养殖专业户。他饲养的奶牛由于产奶量高，受到大家的欢迎，供不应求。2004年9月，许孝先购买廖春龙的奶牛，当时付定金5000元，剩余款向廖春龙出具欠条，并约定在2004年11月底付清。次日，廖春龙将两头奶牛送至许孝先所在村。由于许孝先没有按期支付剩余款，廖春龙遂诉至法院，称许孝先购买其两头牛，大牛14000元，小牛10000元，已付5000元，要求许孝先支付尚欠款19000元。廖春龙为证明其主张举证了许孝先签名的欠条。该欠条注明“今有许孝先欠廖春龙牛款19000元，限2004年11月底付清。如违约，把大牛返回，5000元定金作废。”许孝先主张只购买了一头牛，价格是14000元，现尚欠廖春龙9000元，欠条是廖春龙书写的内容，其签名是自己所写；欠条中“19000元”的“1”是添加的。许孝先为证明其主张举证了证人张某、孙某、盛某的证言。证人张某证实：自己与许孝先是同村人，在同一天也购买了廖春龙一头牛，第二天廖春龙送了二头牛，其牵走一头，许孝先牵走一头；证人孙某、盛某证明：2004年9月某日，廖春龙送了两头牛到该村，张某牵走一头，许孝先牵走一头。诉讼中，廖春龙自认张某与许孝先在同一天也购买其一头牛，但主张第二天送的两头牛均被许孝先牵走；同时自认欠条内容是其书写的。法院根据许孝先的申请委托有关鉴定机构对欠条进行鉴定，结论是不具备鉴定条件。

【争鸣】

■ 廖春龙提出，欠条有许孝先的亲笔签名，足以证明欠款事实。许孝先无有力证据推翻欠条，应当偿还欠款 19000 元。许孝先提供的多份证人证言，均是同村居民提供的，与当事人之间存在利害关系，不足以证明案件事实。

■ 许孝先提出，自己有多份证人证言，证明自己仅购买了一头奶牛的事实。同时，廖春龙的欠条内容与其陈述自相矛盾。欠条注明："今有许孝先欠廖春龙牛款 19000 元，限 2004 年 11 月底付清。如违约，把大牛返回，5000 元定金作废。"由于廖春龙在诉讼中陈述交易情况是：许孝先购买奶牛 2 头，一头大牛价格 14000 元、一头小牛价格 10000 元，共计 24000 元，当时许孝先支付定金 5000 元，欠款 19000 元出具欠条。因此"欠条"内容与廖春龙陈述的交易价格相矛盾，即按"欠条"理解如果许孝先违约，其应将一头大牛返还廖春龙，定金 5000 元归廖春龙所有，而另一头小牛则无需返还，这说明许孝先仅用了 5000 元就可购买一头小牛。这显然与常理相违背，足以证明该欠条是被当事人篡改的。



【律师点评】

在本案中，当事人双方对争议的事实举出相反的证据：书证和证人证言，同时，廖春龙提供的书证与其陈述存在一定的矛盾。在这种情况下，对当事人提供的证据应当如何进行认定呢？

关于证据的审核认定问题，最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》中作出了详细的规定。根据该司法解释的规定，案件双方当事人对同一事实分别举出相反的证据，且均没有足够的依据否定对方的证据时，应当结合案情对双方证据的证明力大小进行自由裁量，确定案件事实；当依据单一书证证据确定案件事实时，在审核认定上还应从书证



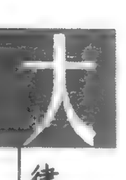
的形式、来源是否合法，书证的内容是否真实进行审查。对书证内容的审查判断，主要依据逻辑规律、经验法则考察书证所反映的事物情况是否合情合理、所表明的事物的联系是否顺理成章，重点是查找矛盾和分析矛盾。

从本案看，廖春龙对自己主张的事实提供了许孝先签名的"欠条"予以证明，许孝先对自己主张的事实提供了三份证人证言予以证明，由于书证的证明力大于证人证言，因此，案件事实应首先依据书证"欠条"来认定。诉讼中，廖春龙就其主张的事实仅提供了一份证据即书证"欠条"，无其他证据与"欠条"相互印证，因此，应对该"欠条"的形式、来源是否合法，内容是否真实进行审查。

根据当事人的陈述证实，该欠条是在双方交易时，由廖春龙书写内容，许孝先签名形成的，虽然许孝先诉讼中主张欠条中"19000元"的"1"是添加的，但由于鉴定结论是不具备鉴定条件，许孝先亦无其他证据予以否认，因此，该"欠条"在形式上、来源上是符合法律规定的。但从"欠条"的内容看，欠条注明："今有许孝先欠廖春龙牛款19000元，限2004年11月底付清。如违约，把大牛返回，5000元定金作废。"由于廖春龙在诉讼中陈述交易情况是：许孝先购买奶牛2头，一头大牛价格14000元、一头小牛价格10000元，共计24000元，当时许孝先支付定金5000元，欠款19000元出具欠条。因此"欠条"内容与廖春龙陈述的交易价格相矛盾，即按"欠条"理解如果许孝先违约，其应将一头大牛返还廖春龙，定金5000元归廖春龙所有，而另一头小牛则无需返还，这说明许孝先仅用了5000元就可购买一头小牛。由于"欠条"内容是廖春龙书写，其不可能书写对自己不利的内容，因此，应认定欠条内容存在严重瑕疵。

结合当事人廖春龙、许孝先的陈述和证人张某、孙某、盛某的证言，可以形成这样一个证明案件事实的证据链：许孝先与同村村民张某在同一天分别购买了廖春龙的牛，次日，廖春龙送两头牛到许孝先所住村，

许孝先、张某分别牵走一头牛。由于廖春龙无证据否定上述事实，因此，该事实应是成立的。许孝先主张的事实应当予以认定。廖春龙提供的“欠条”书证在内容上与其陈述相互矛盾，存在严重瑕疵，且无其他证据予以印证，故应认定“欠条”内容不真实，不应作为认定案件事实的依据。



27. 借贷双方均缺乏确凿证据的，如何处理？

【案情】

农民程光明从1998年起便经营养殖业，由于经营有道，逐渐有了一些积蓄。2000年，程光明办了一家养殖厂并向当地的农村信用社贷款10万元。贷款合同约定：信用社向程光明发放10万元贷款，期限为1年。程光明以其养殖厂的厂房、设备等价值10元的资产为担保。2001年，贷款期限届满。程光明向信用社提出由于目前养殖厂处于扩大经营规模阶段，资金紧张，希望延长贷款期限。信用社考虑到帮助农民致富是党和国家的一贯政策，也是信用社的职责所在，而且程光明的养殖厂经营状况较好，具有还贷能力，遂同意了程光明的要求。双方另行签订了贷款合同。合同约定：信用社向程光明发放贷款10万元，期限为4年。前后两份合同的编号相同，而且用于抵押的财产也相同。同时，信用社考虑到金融机构的内部规定，在新签订的贷款合同中没有注明该合同是对前一1年期的贷款合同所作的变更，同时，将合同签订日期注明为2000年。2004年底，贷款期限届满。当信用社通知程光明归还贷款时，程光明却置之不理。经信用社再三催促，程光明仍然拒不还贷。信用社向当地人民法院提起诉讼，在起诉状中将双方签订贷款合同的过程如实做了陈述，并向法庭提供了两份贷款合同和发放贷款的凭据，但未能就后一份4年期的贷款合同为前一份1年期贷款合同的变更，两者发放的是同一笔贷款提供确凿的证据。程光明正是看中了这一点，早有准备。他希望通过钻法律的空子，赖掉贷款。但程光明也未能就两份合同系同时签订的，针对两笔不同贷款的合同提供相应的证据。

【争鸣】

■ 某信用社提出，程光明为经营需要向信用社贷款，后要求延长贷款期限，信用社与其另行签订贷款合同，延长贷款期限。但延长的期限届满后，程光明仍以种种理由拒绝偿还贷款，请求人民法院依法判决其履行合同义务。

■ 程光明提出，自己与某信用社在2000年同时签订了两份贷款合同。贷款期限分别为1年和4年，金额都是10万元。合同签订后，信用社如约向自己发放了1年期贷款10万元，但未发放4年期贷款。1年期贷款合同届满后，信用社未要求自己归还贷款，迟至2004年才提起诉讼，已经超过了民事诉讼2年的诉讼时效，因此，请求人民法院驳回信用社的诉讼请求。



【律师点评】

在本案中，信用社主张4年期的贷款合同为1年期贷款合同的变更，两者发放的实际上是同一笔贷款。程光明则主张两份贷款合同相互独立，发放的是两笔不同的贷款。信用社虽然提供了证明贷款关系和发放贷款的事实存在的证据，但未能就两份贷款合同之间存在的变更关系提供相应的证据。而程光明也未就两份合同相互独立提供相应的证据。在这种情况下，应认定哪方主张的事实成立，支持谁的诉讼请求呢？

《民事诉讼法》第64条第1款规定："当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。"最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第2条也规定："当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。"这就是我们通常所说的民事诉讼中"谁主张，谁举证"的原则。按

照该原则，信用社应当对自己主张的事实，即4年期贷款合同实际上是为延长贷款期限而对1年期贷款合同所作的变更，两者针对的是同一笔贷款，承担举证责任。但问题的关键在于，信用社应当在多大程度上证明该事实的存在。如果信用社未能就两份合同的关系提供确凿证据，但根据已有证据，其主张的事实又合乎情理，在法律上能否认定该事实成立，支持其诉讼请求？对此，我们应当看到，法律上认定的事实毕竟不同于客观事实，因为客观事实已经无法再现，它是法官根据已有证据进行合乎逻辑的判断和推理后加以认定的，不可能达到绝对真实的程度。因此，不能要求当事人对其主张的事实承担证明其绝对真实的举证责任。如果在现有证据的基础上，当事人主张的事实合乎情理，具有较高的可信度，就应当在法律上认定该事实，支持当事人基于该事实提出的诉讼请求。

在本案中，程光明主张的事实，即两份贷款合同相互独立，发放的是两笔不同的贷款，存在以下几个疑点：第一，两份合同为何使用同一编号？尽管合同编号并不具备直接的法律意义，但在认定本案中两份合同关联性的问题上应作为重要依据。第二，两份贷款合同用于贷款抵押的财产相同。金融机构对贷款抵押有严格的审查制度，如果两份合同是同时签订的且相互独立，信用社为何同意程光明以价值仅10万元的同一笔财产为两笔10万元的贷款做抵押？第三，程光明称信用社只根据1年期贷款合同向其发放了10万元贷款，而未发放4年期的10万元贷款。那么，其为何一直未要求信用社按照合同约定发放贷款？最后，在1年期贷款合同到期后，信用社在程光明未归还贷款的情况下，为何一直未采取措施追还贷款，而是迟至2004年才向人民法院提起诉讼。作为金融机构，如此怠于履行其基本职责，显然不合情理。返观信用社主张的事实，即4年期的贷款合同为1年期贷款合同的变更，两者发放的实际上是同一笔贷款，则上述疑点都可以得到合乎情理的解释。在当事人双方签订的1年期贷款合同到期后，由于程光明暂时不能归还贷款，信

用社同意延长贷款期限，双方签订了一份4年期的贷款合同，作为对先前签订的1年期贷款合同的变更。但考虑到金融机构的内部管理规定，在新签订的贷款合同中没有注明该合同是对前一1年期的贷款合同所作的变更，同时，将合同签订日期注明为2000年。因此，两份合同使用同一编号，用于抵押的财产也相同。信用社向法庭提供了两份贷款合同和发放贷款的凭据，虽然不能直接证明两份合同的关系，但从这些证据出发，信用社主张的事实是合乎情理的，程光明的主张则有悖常理。本案应当认定信用社主张的事实成立，支持其诉讼请求。

从另一个角度看，程光明向信用社贷款10万元未还是不争的事实。“欠债还钱”体现了法的首要价值——公正；而诉讼时效制度的宗旨在于促使权利人及时行使权利，稳定现有的社会秩序，同时避免因时隔久远证据灭失，不利于民事纠纷的解决，该制度注重的是法的效率价值。如果采纳信用社的主张而实际上认定事实错误，则程光明须向信用社偿还贷款本息，其时效利益未得到依法保护——牺牲的是法的效率价值；而如果采纳程光明的主张，但实际上认定事实错误，则信用社的贷款本息不能收回，同时程光明严重违背诚信的行为得逞，法官的错误判断纵容了不法行为——牺牲的是法的公正价值。假定前述两种错误的发生具有相同的可能性，应首先维护法的首要价值——公正，采纳信用社的主张，支持其诉讼请求。



28. 私自录音带能否证明借款事实?

【案情】

殷宿岭与康同宾相识多年。康同宾从所在单位下岗后，经济困难，做起了小买卖。由于经营无方，生意惨淡，为此多次向殷宿岭借款。殷宿岭考虑到两人多年的友谊，每次均慷慨应允。但令他不解的是，康同宾生意有了转机之后，却绝口不提借款之事。为了收回借款，殷宿岭向康同宾明确提出了还款。但出乎他意料的是，康同宾竟然矢口否认借款一事。在忍无可忍的情况下，殷宿岭一纸诉状将自己多年的老朋友告到了法院。



【争鸣】

■ 殷宿岭提出，自己曾在2002年8月和11月以及2003年5月分别借给康同宾3笔钱，分别为10000元、5000元和10000元。2003年4月，康同宾偿还了10000元。从此以后，对借款绝口不提，自己曾向其多次索要，康同宾均以种种借口推脱。由于两人是多年的老朋友，当初借钱时碍于情面，没有打借条，现请求人民法院依法判决康同宾清偿拖欠的借款。殷宿岭向人民法院提供了多名证人的证言，证明上述事实，同时还提供了一盒偷录的向康同宾要钱时发生争吵的录音带。

■ 康同宾承认自己曾向殷宿岭借款10000元，但主张自己已经偿还。对殷宿岭主张的其他借款予以否认。对殷宿岭提供的上述证据，康同宾辩称：殷宿岭提供的证人证言是伪证，录音带是在自己还钱以前录下的，录音带可人为剪辑、拼凑，不能反映案件事实，没有辅证作用。殷宿岭提出康同宾可以申请鉴定，如录音带有假，自己愿意给付5倍的

赔偿。康同宾未提出鉴定申请。在这种情况下，法庭根据殷宿岭的申请，委托有关机构对原被告进行心理测试，报告显示：双方在10000元的次数上，对“两次”有相对一致的记忆。



【律师点评】

《民事诉讼法》第63条虽然规定视听资料可以作为证据使用，但对未经对方当事人同意取得的视听资料是否可以作为证据使用以及证明力等问题，未作明确规定。最高人民法院在给河北省高级人民法院的批复中（法复1995第2号）规定：“未经对方当事人同意私自录制其谈话，系不合法行为，以这种手段取得的录音资料，不能作为证据使用。”从而否定了私自录制的录音资料的证据资格。2002年4月1日起正式实施的最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《若干规定》）第70条第3项规定：“一方当事人提出的下列证据，对方当事人提出异议但没有足以反驳的相反证据的，人民法院应当确认其证明力：……（三）有其他证据佐证并以合法手段取得的、无疑点的视听资料或者与视听资料核对无误的复制件……”第82条规定：“本院过去的司法解释，与本规定不一致的，以本规定为准。”从上述规定可以看出，对录音资料能否作为证据使用，批复以“经对方当事人同意”为条件；而《若干规定》则代之以“以合法手段取得”。换言之，私自制作的录音资料，只要采集手段不损害对方的合法权益和公共利益及其他人的利益，就可以作为证据使用，但必须有其他证据佐证，录音资料本身不存在疑点，而且对方当事人没有足够证据进行反驳。批复与《若干规定》相抵触，应当以规定为准。

在本案中，殷宿岭虽然不能为其主张提供直接证据：借款人出具的借条，但其提供的证人证言、录音带等间接证据和心理测试结论相互印证，已经形成了较为完整的证据链条，证明其主张的事实具有较高的

可信度，也就是具有高度的盖然性。因此，可以认定康同宾借款15000元未还的事实。理由如下：（一）殷宿岭与康同宾是多年的好朋友。出于对朋友的信任，在借款时未要求对方出具借条，是在情理之中的。（二）殷宿岭向法庭提供的录音带证明双方有借贷关系，而且康同宾有借款未还的行为。双方为此曾发生矛盾。而且，在殷宿岭提出如果录音带有假，自己愿意加倍赔偿的情况下，康同宾未申请鉴定，由此可以推定康同宾有较大的撒谎概率。（三）心理测试的结论显示：当事人双方在10000元的次数上，对“两次”有相对一致的记忆。这与殷宿岭的陈述相符合，康同宾有撒谎的可能性。

根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第73条第1款“双方当事人对同一事实分别举出相反的证据，但都没有足够的依据否定对方证据的，人民法院应当结合案件情况，判断一方提供证据的证明力是否明显大于另一方提供证据的证明力，并对证明力较大的证据予以确认”的规定，本案中，当事人双方对自己主张的事实都没有提供确凿的证据，但殷宿岭提供的证据证明其主张的事实具有较高的可信度，在盖然性上明显优于未提供任何证据，仅凭空主张借款已经偿还的康同宾。因此，可以认定殷宿岭主张的康同宾借款未还的事实。

29. 承认借款约定利息后能否反悔?

【案情】

董茂云与安瑞平是同事关系。2002年3月，董茂云为支付购房款的首付曾向安瑞平借款2万元。2003年6月，安瑞平向人民法院起诉，称：董茂云为购房向自己借款2万元并承诺1年后归还，同时支付2000元作为利息。现董茂云迟迟未归还借款本息，请求人民法院依法判决董茂云履行法律义务。董茂云在向法院提交的答辩状中表示：自己确向安瑞平借款2万元并约定以10%作为利息，但双方并未约定1年的借款期限，而是笼统地商定在明年归还，也就是说，自己的还款期限应为2003年底。现借款期限未到，安瑞平起诉要求自己还款，与约定不符，请求人民法院驳回。但在庭审过程中，董茂云对答辩状中承认的事实表示反悔，向法庭提交了其单位出具的证实其在答辩期间到外地出差的证明以及代其起草答辩状的朋友的证人证言。证人证言表示：由于双方是电话联系，未听清董茂云的意思，因此，在起草答辩状时表达有误，承认曾约定借款利息。

【争鸣】

■ 董茂云提出，借款时双方并未约定利息。由于自己到外地出差，答辩状是他人代为起草和提交，表述有误。

■ 安瑞平提出，董茂云在答辩状中已经承认了借款时曾约定利息，现又反悔，前后矛盾。请求人民法院依据其已经承认的事实依法判决。





【律师点评】

本案涉及到的是诉讼中的自认及其反悔的问题。

所谓自认，是指当事人对不利于自己事实的承认。“自认”分为诉讼中的自认和诉讼外的自认。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《若干规定》）第8条第1款规定：“诉讼过程中，一方当事人对另一方当事人陈述的案件事实明确表示承认的，另一方当事人无需举证。但涉及身份关系的案件除外。”这里规定的是诉讼中的自认，即当事人在诉讼过程中对另一方当事人陈述的不利于自己的案件事实的承认。自认也可以发生在诉讼过程之外，如在借贷纠纷中，被告诉讼前给原告的信件中曾承认向原告借款，或者被告曾向第三人承认向原告借款，或者被告诉讼前曾同意归还借款等。尽管都是承认对自己不利的事实，但诉讼外自认与诉讼中自认在效力上有很大的差别。诉讼外的自认不具有免除对方当事人举证责任的法律效力，但可以作为一种证据材料使用。

诉讼中的自认具有如下特征：(1) 自认必须发生在诉讼过程中。只有当事人在诉讼过程中的自认才能产生相应的法律后果。当事人在诉讼外对不利于自己的案件事实的承认应当比照一般的证据进行正常的举证和质证，不能成为免除当事人举证责任的法定事由。(2) 自认是一方当事人对另一方当事人陈述的案件事实的承认。民事诉讼的最大特征是当事人双方主张和利益的对抗性，因此，一方当事人对另一方当事人所主张的案件事实的承认，常常是对不利于自己的案件事实的承认。(3) 自认必须明确表示。为了确保自认的真实性和自愿性，《若干规定》对自认的成立限定了较为严格的条件，即自认必须是明确表示承认。如果当事人默示自认，即对另一方当事人的陈述既不承认也不否认，只有在法官履行了法定的释明义务后仍然默示的，才能视为承认。

(4) 自认必须具有合法性。当事人的自认不能改变现行法律的规定，也即不能与现行有效的法律相冲突。因此，涉及身份关系的案件事实不能适用自认的规定，这里的身份关系案件主要是指婚姻案件和亲子关系的案件。

诉讼中的自认具有两方面的法律效力：(1) 诉讼中的自认有约束当事人的效力。当事人一方对另一方提出的不利于自己的事实的承认，双方当事人就自认的事实不再需要举证，作出自认的当事人也不得在诉讼中提出与自认事实相互矛盾的主张，双方当事人亦无需就自认的事实进行质证和辩论。(2) 诉讼中的自认有约束法院的效力。《若干规定》第74规定："诉讼过程中，当事人在起诉状、答辩状、陈述及其委托代理人的代理词中承认的对己方不利的事实和认可的证据，人民法院应当予以确认，但当事人反悔并有相反证据足以推翻的除外。"一方当事人作出自认的结果是使双方当事人对事实的主张趋于一致，为了尊重当事人的诉讼权利，也为了提高诉讼效率，人民法院应该以双方当事人一致的主张作为裁判的基础，而一般不得再另行依职权就该事实进行调查。自认的效力也及于人民法院。

在本案中，董茂云在答辩状中承认了向安瑞平借款并约定支付利息的事实，属于典型的诉讼中的自认。该自认将免除安瑞平的举证责任并得到人民法院的确认。但董茂云在庭审中又对其已经作出的自认表示反悔，理由是他人在代为起草答辩状的过程中理解有误，作出了错误的表示，并向法庭提交了单位的出差证明和证人证言。董茂云能否撤回其先前作出的自认呢？

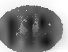
《若干规定》第8条第4款规定："当事人在法庭辩论终结前撤回自认并经对方当事人同意，或者有充分证据证明其承认行为是在受胁迫或者重大误解情况下作出且与事实不符的，不能免除对方当事人的举证责任。"该条规定了自认撤回的条件。一般而言，诉讼中的自认一经作出，对法院和当事人都产生相应的拘束力。就法院而言，依据辩论原则，自

认实际上排除了法院对自认的事实的认定权，法院的判决须受到当事人自认的事实的约束。对当事人而言，依据诚实信用的原则，作出自认的当事人不得随意撤回自认或者再作相反的主张。自认只能在例外的情况下撤回。这种例外情况包括两种情形：

(1) 经对方当事人同意，一方当事人可以在法庭辩论终结前撤回自认。诉讼中的自认对自认人的约束力在于维护对方当事人对自认行为的信赖。自认人作出诉讼中的自认后，对方当事人的举证责任因此而得到免除，就不会基于举证责任的压力而全力收集和注意保存已有的证据材料。如果允许当事人任意撤回自认，将给对方当事人造成损害，也违反了诚实信用的原则。但如果对方当事人同意自认人撤回自认，并且自认人在法庭辩论终结前撤回自认，则应当允许其撤回自认。

(2) 有充分证据证明其承认行为是在受胁迫或者有重大误解情况下作出并且与事实真实情况不符的，可以撤回自认。所谓"受胁迫"作出自认，是指一方当事人以即将发生的物质性强制或者精神性强制为要挟，迫使对方在违背自己真实意思表示的情况下作出自认。胁迫也可以是胁迫者通过实施某种不法行为，给当事人及其亲友的精神和财产造成损害（如实施殴打、拘禁等暴力行为，或散布谣言、毁人名誉等）而迫使当事人自认。所谓因重大误解作出自认，是指单方误解，即当事人对于事实的性质、对方当事人特定身份等认识错误所作的承认。所谓"与事实不符"，是指当事人自认的事实不符合案件的真实情况，或者不符合法官已经获得心证的事实，或者明显与其他证据证明的案件事实相悖。诉讼中的自认通常符合案件事实的真实情况，若当事人的自认是在某种特殊的情况下违背了自认人的真实意思而作出的自认，并能够提供充分证据证明其自认是在受胁迫或者存在重大误解情况下作出的，与事实不符，就应当允许当事人撤回其对不真实事实的承认。

在本案中，董茂云称其在请他人代为起草答辩状的过程中，由于对



方理解有误，承认了在借款时双方曾约定支付利息的事实。作为案件的当事人，在请人起草答辩状时，对主要的案件事实未交代清楚，显然与常理相悖。仅凭一份证人证言，也不足以证明该自认是在违背董茂云真实意思的情况下作出并与案件事实不符。因此，在董茂云不能提供证明其承认行为是在受胁迫或者重大误解情况下作出且与事实不符的充分证据的情况下，其自认不能撤回。安瑞平对双方借款时曾约定利息的事实不需要承担举证责任。人民法院对该事实将予以确认并据此作出相应的判决。



30. 质疑还款凭据的真实性，应否承担举证责任？

【案情】

唐子林原本是一家国有企业的销售人员，2000年下岗。下岗后，在街道办事处的帮助下，唐子林办起了一家小型的加工厂，请来自己的亲戚、朋友帮忙，生意做得还不错。潘勤华是某商贸公司经理，经常从唐子林处进货，双方成了生意伙伴。由于经常供货，货款不是当时支付，而是到一定期限一次性结清。2004年5月至12月间，唐子林让自己的表弟鲍旭东负责给潘勤华的公司供货。2004年1月初，鲍旭东到潘勤华的公司结货款，潘勤华称资金紧张，暂缓支付，并出具了一张欠条。1月中旬，鲍旭东离开了唐子林的加工厂。2005年春节过后，唐子林持借条向潘勤华催收欠款，潘勤华称欠款已还，双方发生纠纷，唐子林向人民法院提起诉讼。在答辩中，潘勤华出示了鲍旭东开具的收条。唐子林否认自己收到了货款，同时对收条是否为鲍旭东出具表示质疑。但由于鲍旭东离开唐子林的加工厂后去向不详，唐子林又不能提供鲍旭东的笔迹，无法对该收条的真实性进行鉴定。

【争鸣】

■ 唐子林提出，欠条是最有力的证据。潘勤华主张欠款已经支付，但欠条却未收回，无法令人信服。其提供的还款收条的真实性需要进一步证明。该举证责任应当由潘勤华承担。

■ 潘勤华提出，自己已经偿还欠款，有鲍旭东的收条为证。鲍旭东是原告的亲属与雇员，欠条的真假，原告完全有条件证实，应当由原告对欠条的真实性承担举证责任。

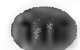


【律师点评】

在本案中，潘勤华是否将所欠货款支付给了唐子林，是本案的存疑事实。如果潘勤华是否将所欠货款支付给了唐子林的事实得以确认，本案即会迎刃而解。但是，能证明此存疑事实真相的唯一证据只有鲍旭东出具的这张收条，且鲍旭东某外出后地址不详，唐子林又表示不能提供鲍旭东的笔迹样本，无法收集其他证据来证明收条是否客观真实。因此，由谁对收条是否客观真实承担举证责任，即成了正确解决本案纠纷的关键。

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第 2 条规定："当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。"这就是通常所说的"谁主张，谁举证"原则。根据该条的规定，有人认为，收条客观真实性的证明责任应由被告潘勤华承担。理由是该案系一般民事纠纷案件，不属于实行举证责任倒置的特殊侵权案件，应按"谁主张，谁举证"的分配原则分配举证责任。既然被告潘勤华主张该收条系鲍旭东所出具，就应提供收条确系鲍旭东所出具的相关证据。任何证据都须具备客观性、关联性和合法性，才能作为定案的依据。根据证据规则，证据"三性"应由提供证据一方负证明责任。本案对收条是否为鲍旭东所出具存有疑问，就意味着提供证据一方尚未完成对收条这一证据具备"三性"的证明责任，因此，提供证据一方尚应当继续承担补充证明责任。否则，如该收条因是否客观、真实未得证明而得不到采纳，则举证不能的法律后果只能由提供证据但未被采纳的一方承担。

这种意见对"谁主张，谁举证"原则的理解过于简单化。在审判实践中如何适用"谁主张、谁举证"的原则，正确地将举证责任分配给提出主张的一方承担，应当进行具体分析。就本案而言，双方争议的焦点



是所欠货款是否已经清偿，被告潘勤华主张清偿，原告唐子林则主张未清偿，双方均对欠款清偿与否提出了自己的主张，是显而易见的。为此，双方都负有对自己提出的主张提供证据加以证明的责任。在当事人双方针对案件的同一事实分别提出了肯定与否定的不同主张的情况下，首先应由提出肯定这一事实的一方举证，然后由另一方举证。被告潘勤华主张欠款已清偿，提供了鲍旭东的收条佐证；此时，原告唐子林对被告潘勤华提出的证据有异议，应由原告唐子林承担提供反驳被告潘某主张、并能证明自己主张的证据的证明责任。被告潘勤华提供的收条是否具有证明力，并不影响原告唐子林应承担的举证责任，以被告潘勤华提供的证据的证明力未得到确认，要求其继续承担举证责任，并以此免除原告唐子林的举证责任，在举证责任的分配上有失公平。在双方都负有举证责任的情况下，因证据本身无相关证据印证而难以确认真伪时，让提供证据的一方，而不是未提供证据的一方承担不能举证的法律后果，也不符合“谁主张，谁举证”的原则精神。

从举证责任负担的合理性来看，被告潘勤华主张已清偿欠款，有第三人出具的收条佐证。如果第三人参加了诉讼，可当场承认或否认出具过收条，原告或被告如有异议，最简单有效的方法就是申请作笔迹鉴定，即可证明收条的真伪。如第三人鲍旭东拒绝鉴定，只能由其承担举证不能的法律后果，不应要求被告补充举证。在第三人缺席的情况下，第三人的举证责任应转移给原告唐子林负担。因为，从利害关系上看，第三人依附于原告唐子林而与被告潘勤华相对立，要求利害关系相同一方替代负担举证责任，显然比要求利害关系对立一方替代负担举证责任合理。而且，被告潘勤华有充足的理由相信第三人鲍旭东有权代理原告唐子林收取欠款，由第三人出具收条而将款交付第三人也符合情理。更何况原告唐子林是第三人的雇主和亲戚，较之被告潘勤华更容易了解第三人的情况，更有条件收集、提供第三人笔迹。原告唐子林既然不认可其雇员代理收款行为，那于情、于理、于法都应对其否认的主张负举证责任。

租凭合同





31. 因第三方原因导致承租人违约的，应否支付租金？

【案情】

某化妆品公司有一批化学制剂要运往外地。某货运中心受某化妆品公司委托，承运该批化妆品化学制剂。为履行合同，某货运中心与某炼油厂签定协议，向某炼油厂租借罐车一辆，并同某运输公司签订了劳务合同，由某运输公司为其提供有驾驶资格和丰富经验的司机两名。运输该批化学制剂的油罐车在途中发生交通事故，造成车辆报废，两名司机重伤，货物损毁。经交警部门现场勘察认定，交通事故是由于天气寒冷、道路结冰和驾驶员在道路拐弯处未减速行驶造成的，驾驶员负主要责任。交通事故发生后，某货运中心将车辆损毁的消息及时通知了某炼油厂。某炼油厂要求某货运中心赔偿车辆损失并支付租金。某货运中心仅同意赔偿车辆损失，但不同意支付租金。双方为此发生争议，诉至人民法院。

【争鸣】

■ 某炼油厂提出，某货运中心在租赁其车辆期间，发生交通事故，造成车辆损毁，应当承担赔偿责任。交通事故的发生是由于货运中心雇佣的驾驶员驾驶不当造成的，某货运中心存在管理上的疏忽，租赁车辆的损毁不是由于不可归责于承租人的事由造成的，承租人不能要求减少或免除租金。

■ 某货运中心提出，根据《合同法》的规定，因不可归责于承租人的事由，致使租赁物部分或者全部毁损、灭失的，承租人可以要求减少或者不支付租金。在本案中，交通事故是由于天气原因和驾驶员的疏忽

引起的，某货运中心不存在过错。因此，由于车辆和货物损毁，导致某货运中心无法取得预期的收益，合同目的不能实现，约定的租金应当免除。



【律师点评】

《合同法》第121条规定："当事人一方因第三人的原因造成违约的，应当向对方承担违约责任。当事人一方和第三人之间的纠纷，依照法律规定或者按照约定解决。"本案争议焦点在于《合同法》第121条中"第三人原因"的具体含义，以及本案情况可否归结为"第三人原因"。"因第三人原因造成违约"是指合同履行方本身并无过错，只是因第三人的行为，己方不能履行合同义务或者履行合同义务不符合合同约定，履约方对此仍构成违约。在此，主要应分析第三人的行为与违约行为之间是否存在一定的因果关系，并不要求合同履行方自身有过错，也不强调第三人的过错。当然，因当事人无法预料、无法避免、无法克服的不可抗力或意外事件造成的违约结果，与第三人的行为无因果关系，此时违约方可依据不可抗力或意外事件的规则要求免责，《合同法》第121条的规定对此也不适用。在本案中，某货运中心与某炼油厂之间依法成立车辆租赁合同法律关系，某货运中心与某运输公司之间则成立劳务合同关系。根据公安机关交通管理部门的交通事故认定，某运输公司的驾驶员在道路拐弯处未减速行驶，驾驶不当是造成交通事故的原因之一。由此可见，车辆损毁不属于不可避免的不可抗力所致，且第三人运输公司的行为与违约结果之间有一定的因果关系。所以，虽然某货运中心自己对车辆损毁没有过错，但仍应承担违约赔偿责任。

《合同法》第231条规定："因不可归责于承租人的事由，致使租赁物部分或者全部毁损、灭失的，承租人可以要求减少或者不支付租金。"该规定涉及租赁期间租赁物发生毁损、灭失时承租人的租金请求权

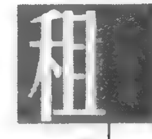
问题。其中，“不可归责于承租人的事由”通常指以下情况：因不可抗力的原因造成租赁物毁损、灭失的；因意外事件造成租赁物毁损、灭失的；因出租人不履行义务造成租赁物毁损、灭失的。在本案中，某货运中心可否对某炼油厂的租金请求权进行抗辩，关键在于“第三人原因”是否属于“不可归责于承租人的事由”。某货运中心认为，其对罐车的损毁没有过失或故意，而罐车的损毁直接导致其使用收益无法实现，应当免除其支付罐车租金的义务，缺乏依据。本案中的“第三人原因”仍然可以归责于罐车承租人即某货运中心。因为在租赁合同中，出租人基于对承租人可以圆满履行合同的信赖，将租赁物交付承租人使用，承租人又将租赁物交付第三人保管或使用时，承租人仍需尽到善良管理人的义务。承租人不仅就自身可归责的疏忽或过失负责，亦应对与己方有合同关系、保管使用租赁物的第三人的疏忽或过失负责。因此，在本案中，承租车辆损毁的原因不属于“不可归责于承租人的事由”，某货运中心不支付车辆租金的理由不能成立。

根据《合同法》第121条的规定，由于第三人原因造成违约，违约方在承担违约责任后，可以向第三方追偿损失，解决与第三人的纠纷。如果违约方与第三人有约定，违约方在承担违约责任后，按照其与第三人的约定，要求第三人承担违约责任，赔偿损失。如果无约定，违约方可“依照法律规定”向第三人追偿。运输公司虽然对某炼油厂并不负有违约损害赔偿责任，但某货运中心向某炼油厂承担违约责任后，有权向造成其违约的第三人即运输公司追偿。

32. 未约定房屋租赁期限的，出租人能否随时解除合同？

【案情】

武信长在某地闹市区购买了一处临街店面，原准备自己做生意用，后因故未能起用，便考虑将其出租给他人。宣化民原是某企业销售人员，从单位退休后想搞点个体经营。经过调查，宣化民看中了武信长在市区的店面。两人经过协商，签订了租赁合同。合同约定：由宣化民租武信长临街门面房一间，租金每月2000元，租期1年。承租期满后，武信长口头通知宣化民，增加租金，按每月2300元交纳。宣化民表示同意，即从当月按每月2300元给宣化民交纳租金。3个月以后，武信长再次上调租金，每月2500元，遭到宣化民的拒绝。宣化民坚持双方应按照原租金标准继续履行合同。经协商未果，武信长向人民法院提起诉讼，要求宣化民按每月2500元交纳租金，并要求其于两个月内退出房屋。



【争鸣】

■ 武信长提出，双方原租赁合同期满后未续签，仅口头约定了新的租金标准，未约定租赁期限。根据《合同法》的规定，当事人对租赁期限没有约定或者约定不明确，视为不定期租赁。当事人可以随时解除合同，但出租人解除合同应当在合理期限之前通知承租人。现双方就租金问题无法达成一致，要求解除合同。自己已经给了被告两个月的期限，符合《合同法》的规定。但被告应当按照每月2500元的标准交纳租金。

■ 宣化民提出，当事人原门面房租赁合同期满时，原告口头形式通知，要求每月按2300元交纳租金，经协商一致后，双方按此协议履行了3个月。对此，应当视为双方达成了口头租赁合同，协议有效。原告在

未征得自己同意的情况下，单方随意提高租金，是违约行为。不同意解除合同，要求按照原租金标准继续履行。



【律师点评】

《合同法》第212条规定：“租赁合同是出租人将租赁物交付承租人使用、收益，承租人支付租金的合同。”从这条规定中可以看出，租赁合同有以下特征。

（一）租赁合同是转移财产使用权的合同。租赁合同是一方当事人（出租人）将租赁物有限期地交给另一方当事人（承租人）使用，承租人按照约定使用该租赁物并获得收益。在租赁的有效期内，承租人可以对租赁物占有、使用、收益，而不能任意处分租赁物。当租赁合同期满，承租人要将租赁物返还出租人。因此，租赁合同只是将租赁物的使用权转让给承租人，而租赁物的所有权或处分权仍属于出租人。租赁合同的这一特征区别于买卖合同和赠与合同。买卖合同是出卖人转移标的物的所有权于买受人的合同。赠与合同是赠与人将自己的财产给予受赠人。这两类合同都是以转移财产的所有权为基本特征的。

（二）承租人取得租赁物的使用权是以支付租金为代价。承租人使用租赁物是为了满足自己的生产或生活需要，出租人出租租赁物是为了使租赁物的价值得以实现，取得一定的收益。承租人要取得使用权不是无偿的，是要向出租人支付租金的。支付租金是租赁合同的本质特征。这一特征区别于借用合同，借用合同虽然借用人取得了借用物的使用权，但是借用是无偿的，不需付出任何代价。同时这一特征也区别于借款合同，虽然两者都是有偿的，但借款合同支付的是利息。利息不同于租金，租金双方当事人可以约定，利息在很多情况下是法定的，当事人是不能约定的，即使是自然人之间的借款利息也有一个上限要求，不能放高利贷；租金可以不按租期的时间长短来计算，利息往往是根据借款时间的

长短来计算。

（三）租赁合同的标的物是有体物、非消耗物。租赁物必须是有形的财产，这是租赁合同的特征之一。租赁物可以是动产，如汽车、机械设备、计算机等；也可以是不动产，如房屋。但无论是动产还是不动产，它们都是有形的，都是能以一定的物质形式表现出来的。无形的财产不能作为租赁的标的物。这是与租赁合同中承租人占有、使用租赁物的特征紧密联系的。非消耗物是指能够多次使用而不改变其形态和基本价值的物。一次性使用的物品或很快就消耗掉的物品不能作为租赁物，如洗涤用品、粮食等，因为这些物品一经使用，就已丧失其自身的价值，甚至物本身已经消失了，根本不可能再要求出租人返还。

（四）租赁合同是双务有偿的合同。在租赁合同中，出租人和承租人均享有权利和承担义务，出租人须将租赁物交付承租人，并保证租赁物符合约定的用途。承租人负有妥善保管租赁物并按约定按期向出租人支付租金的义务。任何一方当事人在享有权利的同时都是以履行一定义务为代价的。因此，租赁合同是双务有偿的合同。它区别于赠与合同，赠与合同一般是单务合同，赠与人向受赠人赠与财物并不以对方承担一定义务为条件。

（五）租赁合同具有临时性。租赁合同是出租人将其财产的使用收益在一定期限内转让给承租人，承租人不可能对租赁物永久地使用，物的使用价值也是有一定期限的。各国法律一般都对租赁期限的最长时间有所限制。我国《合同法》规定，租赁期限最长不能超过 20 年。租赁合同根据租赁物的不同可分为动产租赁和不动产租赁，不动产租赁在我国主要指房屋租赁。根据租赁合同是否约定期限可分为定期租赁和不定期租赁。定期租赁关系到租金的交付日期、租赁物的返还日期、合同终止的时间等问题。不定期租赁赋予合同当事人随时解除合同的权利。

在本案中，武信长与宣化民原租赁合同期满后，出租人两次口头通知提高房屋租金。在实践中，对口头合同的效力一般这样处理：如果当

事人双方对口头合同的主要条款无异议，且已实际履行，合同内容又不违反法律法规、政策规定的，一般可确认合同有效；如果双方当事人对合同成立有异议，且无其他证据可以证明，又未实际履行的，可以认定合同未成立。本案中，武信长第一次将房租从2000元提到2300元，被告宣化民接受并履行3个月之久，显然符合前一种情况，故应认定合同关系有效。武信长再次提高房租的要约后，虽通知宣化民，但宣化民并未作出承诺，且此后双方亦未达成协议，符合后一种情形，故应认定此合同关系未成立。

《合同法》第232条规定："当事人对租赁期限没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，视为不定期租赁。当事人可以随时解除合同，但出租人解除合同应当在合理期限之前通知承租人。"武信长与宣化民之间未签订新的书面房屋租赁合同，而由武信长口头通知被告应增加租金，等于发出继续承租的条件的要约；宣化民对此表示同意，并按此标准向武信长交纳租金，是以意思表示及实际行为予以承诺。据此应视为原、被告之间成立了一个新的房屋租赁合同关系。但是，该租赁合同欠缺一个主要内容即租赁期限的约定。这在法律上意味着武信长有权随时要求解除租赁合同关系，并自提出要求之日起，给予宣化民一段合理时间搬迁。此权利行使，并不以承租人是否同意为条件。因此，武信长要求解除合同，并给予了宣化民两个月的期限，要求其退出租赁房屋，符合《合同法》的规定，应当予以支持。但其要求被告按照每月2500元标准交纳租金，没有法定或约定的依据。租金标准的改变应当由当事人双方协商一致，才能发生法律效力，对双方产生约束力。在当事人一方不同意变更租金标准的情况下，应当按照原租金标准继续履行合同。

33. 隐瞒房屋已出租的事实给租房人造成损失的，应否承担赔偿责任？

【案情】

李东奎有一套三居室房屋，于2004年出租给林道晖，双方签订了为期3年的房屋租赁合同。2005年，李东奎见当地房价上涨，觉得林道晖给的租金太低，打算毁约。经过中介机构的介绍，李东奎与家在外地的罗福俊取得了联系。罗福俊对李东奎房屋的面积和位置比较满意，给出的价格较高，李东奎当即表示愿意将房子租给罗福俊，并催促其尽快迁来，双方办理租赁手续和入住。罗福俊信以为真，与家人举家搬迁往该地。在此期间，李东奎向林道晖提出：自己的亲戚将迁到该地，需要住房，要求解除合同。林道晖断然拒绝，认为双方有合同在先，应当按照合同继续履行。双方经多次协商，未能达成一致意见。罗福俊和家人迁到该地后，才发现李东奎的房屋早已出租给他人，而且对方拒绝腾出房屋，无奈之下，只好在当地的旅馆暂住。罗福俊要求李东奎赔偿自己的损失，李东奎认为双方尚未签订房屋租赁合同，拒绝赔偿。双方为此发生纠纷，诉至人民法院。

【争鸣】

■ 罗福俊提出，李东奎隐瞒房屋已经出租的事实，告知自己尽快前往房屋所在地办理租赁和入住手续，导致自己举家搬迁，到达该地后却无房居住，只好暂住旅馆，支出了大笔额外费用，给自己造成了财产损失。租赁合同一经双方当事人意思表示一致即产生法律效力，无须租赁物的实际交付，合同即告成立。尽管双方没有订立书面合同，但双方达

成明确的意向，李东奎承诺自己到达该地后即办理租赁手续和入住该房屋，应视为合同已经成立，被告应承担违约责任，并赔偿损失。

■ 李东奎提出，双方仅有签定租赁合同的意向，但未实际签订合同。罗福俊要求自己承担违约责任，没有法律依据。罗福俊在自己未处理好相关事宜的情况下，急于搬迁，造成损失，应当由其自行承担，与自己无关。



【律师点评】



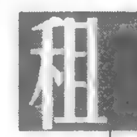
《合同法》第212条规定："租赁合同是出租人将租赁物交付承租人使用，承租人支付租金的合同。"租赁合同的基本内涵有三：一是租赁合同是经双方当事人合意约定的；二是出租人依约交付租赁物给承租人供其使用收益；三是承租人依约承担给付租金的义务。由此可见，租赁合同是有名合同，同时也是双务、诺成、有偿和不要式合同。在本案中，不能认为租赁合同已经成立，要求李东奎承担违约责任。

第一，李东奎、罗福俊所协议的租赁合意是否可以看作租赁合同已经成立的问题，取决于对租赁合同诺成性的正确理解。所谓租赁合同的诺成性，即双方当事人意思表示一致，合同即告成立，这是毫无疑问的。但这种意示表示，必须是真实的、双务的。本案中，作为出租人的李东奎所作的出租允诺，实际是不诚实而带有欺骗性的，不能认为是真实的意思表示，从这点说，本案的租赁合同未能成立。再者，原、被告之间就租赁物如何交付、租金如何支付等具体内容并未协商一致，不具备合同必要条款，进一步说明租赁合同未成立。既然合同未成立，李东奎当然谈不上承担违约责任。

第二，李东奎对罗福俊作出的承诺和达成的订约意向，仅仅是一个邀约邀请行为，不能说明房屋租赁法律关系已经成立。租赁合同中，当事人之间法律关系具有复合性，即债权性和物权性。承租人物权化的租赁权产生对抗性的特征，在租赁合同有效期间，出租人不得将该租赁物

再租给第三人，即对同一物的同一部分只能设立一个租赁权，否则，出租人的行为对承租人无效。本案中，李东奎已将房屋租赁给林道晖，只要不出现法定的事由，即不可再租赁给罗福俊。因此，李东奎对罗福俊的出租要约邀请行为自始就是无效的民事行为。

李东奎虽然不承担违约责任，但并不意味着其不负任何法律责任。在本案中，李东奎应承担缔约过失责任，赔偿原告的损失，即因无房居住而支出的额外费用。我国《合同法》第42条规定："当事人在订立合同过程中有下列情形之一，给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任：（一）假借订立合同，恶意进行磋商；（二）故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；（三）有其他违背诚实信用原则的行为。"所谓缔约过失责任是指在合同未成立的情况下，一方当事人在缔约过程中的过失行为致他方承受损失，依法应承担的民事赔偿责任。缔约过失责任是缔结合同过程中产生的民事责任，其所保护的是一种信赖利益。所谓信赖利益也称消极利益，是指无过错合同一方当事人因合同不成立等原因遭受的实际损失，故缔约过失责任仅仅是一种补偿性的司法救济，过错方应承担的是损害赔偿责任。对缔约过失责任的性质，普遍认为：当事人为订立合同在协商之际已由一般的普通关系转入一种特殊的信赖关系，依民法的诚实信用原则，尽管此时合同尚未成立，仍然在当事人之间产生了互相照顾、协调，保护、诚实等附随义务。违反这种义务，即构成缔约上的过失，致使合同不能成立，造成损失的应负赔偿责任。



我国《合同法》第42条对当事人在订立合同过程中有关缔约过失采取列举式：(1) 假借订立合同，恶意进行磋商；(2) 故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或提供虚假情况；(3) 其他违背诚实信用原则的行为。由此不难看出，构成缔约过失责任应同时具备以下条件：(1) 缔约人一方违反附随义务。由于附随这些义务以诚实信用原则为基础，随着债的关系的发展而逐渐产生，而当事人一方假借签订合同，以损害对方利益为目的，恶意磋商，或者以其他违背诚实信用原则的行为损害对

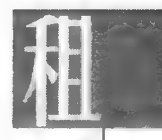
方利益的，就违反了附随义务。(2) 缔约对方当事人受到损失。此处的损失仅指财产损失而不包括精神损害。该损失为信赖利益的损失而非履行利益的损失。其赔偿范围只能是实际受到的损失。(3) 违反先合同一方本身有过错。违反先合同义务与遭受损失之间具有因果关系，即该损失是由违反先合同义务引起的。

在本案中，被告李东奎故意隐瞒已与林道晖签订租赁合同的重要事实。向罗福俊发出要约邀请，使罗福俊与之达成租赁意向，罗福俊对李东奎要约邀请所产生的信赖是一种合理信赖，罗福俊举家搬迁，亦是基于信任李东奎的前提，并无轻信之过。尽管罗福俊与李东奎之间达成的仅仅是租赁的合意，双方仍然处于合同的订立阶段，均未受合同的拘束，但是双方显然已形成了一种法律上的联系。介于罗福俊、李东奎不是地处同一城市，故本案李东奎的过错是显而易见的，因为李东奎对罗福俊隐瞒实情，显然违背了诚实信用原则所产生的附随义务，依据《合同法》第42条规定，具有缔约上的过失。罗福俊要求李东奎赔偿损失的请求，于法有据。当然，本案中罗福俊的请求赔偿范围只是限于实际损失的范围：即因无房居住而暂住旅馆而额外支出的费用。

34. 一房两租且后承租人已经占有房屋的，前承租人能否主张继续履行合同？

【案情】

易齐山拥有一套平房，被其弟易齐峰占用。易齐山曾多次想收回平房，均被易齐峰拒绝。2009年5月，易齐山与聂春桥签订房屋租赁合同，双方约定：易齐山将该平房出租给聂春桥，租金每月500元，按季度支付；租期自2009年6月至2011年6月。由于房屋被易齐峰占用，拒绝搬出，合同无法履行。易齐山表示：待易齐峰搬出后履行合同，聂春桥再交纳租金。2009年9月，易齐山在没有通知聂春桥是否解除已签订合同情况下，与劳建功签订了该套平房的房屋租赁合同，租金每月700元，租期3年。2009年10月，劳建功交付了半年的租金。易齐峰腾出房屋后，易齐山将该房屋交付给劳建功使用。聂春桥获悉后，当即找到易齐山，要求履行合同，遭到拒绝。易齐山认为，聂春桥与自己签订房屋租赁合同后一直没有交纳租金，故应视为双方已自行解除合同。期间，聂春桥找到劳建功说明了自己先行租赁房屋的情况，要求其解除与易齐山的租赁合同。劳建功认为，自己与易齐山签订的租赁合同合法有效，不同意解除；聂春桥先行租赁该房屋一事，是其与房主易齐山之间的纠纷，与自己无关。此后，劳建功按照合同约定入住和使用了承租房屋。无奈之下，聂春桥诉至法院，请求法院依法确认自己与易齐山签订的房屋租赁合同有效，继续履行合同。

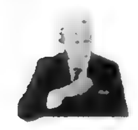


【争鸣】

■ 聂春桥提出，自己与易齐山签订的房屋租赁合同是双方当事人真实意思表示，合同约定内容明确，因房屋没有让出，自己与易齐山约定待房屋让出后，即开始履行合同，此行为应视为当事人双方就签订的房屋租赁合同的变更补充。易齐山在未通知自己原合同解除情况下将该房屋另租给他人，并在原占用人易齐峰搬出后，拒绝与自己履行合同，而将房屋交付给他人使用，造成合同违约，易齐山具有过错责任。请求人民法院确认自己与易齐山的房屋租赁法律关系有效，继续履行合同，判决易齐山将租赁的房屋交付给自己使用。

■ 易齐山提出，自己与聂春桥签订的房屋租赁合同因聂春桥未交纳租金，已经自动解除。自己与第三人劳建功之间签订的租赁合同为有效合同，请求人民法院驳回原告的诉讼请求。

■ 第三人劳建功提出，被告易齐山与原告聂春桥和自己签订的房屋租赁合同虽然都是有效合同，但易齐山作为出租人只能就其中一个合同履行。易齐山已将租赁物交付自己并收取了半年租金 4200 元，双方已实际履行了合同。至此，聂春桥与易齐山签订的合同无法履行，对此，易齐山具有过错，应向聂春桥承担违约责任。自己在本案中没有过错，合法权益应当得到保护。请求人民法院确认自己与易齐山的房屋租赁关系有效，合同继续履行。聂春桥只能请求易齐山承担违约责任。对其要求易齐山与其继续履行合同的诉讼请求，不应支持。



【律师点评】

在本案中，在同一租赁物上，先后成立了两个租赁合同，出租人却将租赁物交付给了后成立的租赁合同的承租人。在现实生活中，这样的情况并不鲜见。为此，本案从承租人权利的法律性质入手进行分析，以

期对此类纠纷作出正确的判断和处理。物权法定，这是一个基本原则。其是指物权的种类和内容均由法律规定，不允许当事人自由创设。之所以这样规定，是因为物权具有直接支配性、排他性和优先性，有极强的效力，不应允许当事人自由创设，并且方便物权公示，确保交易安全。而承租人对租赁物的权利，法律没有明确规定其为物权，并且，我国《合同法》将其规定在债权债务的法律关系的章节中，很显然，该权利是来源于当事人之间的租赁合同，应属债权之范畴，承租人只有债上请求权。但是，承租人对租赁物的权利，虽是基于债权，却有明显的物权特性，符合他物权的特征。

所谓物权，是指权利人直接支配特定物而享受其利益的权利，其特征包括直接支配性、排他性和优先性。而承租人对租赁物的权利，便有此特征：（一）承租人对租赁物的权利具有直接支配性，承租人可以依照自己的意思，无须他人的意思或行为介入，对租赁物即可行使管理处分的行为，实现其权利。具体表现为承租人对租赁物使用收益的权利，对租赁物的改良权和转租权。我国《合同法》第217条、225条规定了承租人对租赁物的使用收益，第223条、224条作了有关改良和转租的规定。承租人享有的用益权、改良权和转租权，能够体现承租人对租赁物权利的物权特征。（二）承租人对租赁物的占有具有排他性。承租人依租赁合同的约定占有租赁物，是承租人支配租赁物的前提和基础。占有是对租赁物事实上的管理，占有租赁物也为承租人支配租赁物提供了事实上和法律上的可能。占有一旦存在，就应受到保护。所以出租人已经将租赁物依约转移给承租人占有后，就不得在租赁物上设立以占有为权能的其他权利，这也表明该权利具有排他性。

承租人对租赁物的权利具有优先性。首先，承租人对租赁物的权利优先于后成立的所有权。我国《合同法》第229条规定："租赁物在租赁期间发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力。"这即是各国大都采用的"买卖不破租赁"的原则。其是指在租赁合同存续期间，虽然租赁

物的所有权发生变动，租赁合同对受让人来说，仍然有效，也就是租赁合同的效力不受影响。这一现象也被法学界称为“债权物权化”。“买卖不破租赁”原则，使承租人与出租人间的法律关系，随着租赁物所有权的移转而转变为承租人与买受人间的法律关系。承租人对租赁物的权利随着租赁物移转而移转，这也证明了承租人对租赁物的权利是对物权；也说明了设立在后的买受人对租赁物的所有权，并不会妨碍承租人对租赁物的权利的实现。即是，承租人对租赁物的权利优先于后成立的所有权。其次，承租人对租赁物的权利优先于后成立的抵押权等他物权。最高人民法院《关于适用〈担保法〉若干问题的解释》第65条规定：“抵押人将已出租的财产抵押的，抵押权实现后，租赁合同在有效期内对抵押物的受让人继续有效。”租赁权的标的物虽然在成立上必须转移占有为其要件，但因法律未规定租赁权为物权，这种转移占有并不能使财产租赁权具有对世的绝对效力，此处也采取了“买卖不破租赁”的原则，使租赁权具有物权化的性质，可以对抗抵押物受人，加强了对承租人的保护。由此可见，承租人对租赁物的权利，包括占有使用收益权、改良权，以及转租权等，表现出了：（1）对抗性；（2）对事实上侵害租赁权的第三人的效力；（3）租赁权处分的可能性等特点，也表现出了对物的直接支配性、排他性和优先性的特点，这是“债权物权化”的体现，也是承租人对租赁物的权利具有物权特征的体现。

当出租人先后将租赁物出租给两个承租人时，如果两份租赁合同均不具有无效或可撤销的条件，是有效合同，则依合同约定，出租人交付租赁物，承租人占有租赁物，其占有是合法占有，应当受到保护。因此先占有租赁物的承租人，即取得对租赁物的权利。因这种权利具有物权化的特征，有对抗力和排他性；而未占有租赁物的承租人，其享有的是来源于合同约定的请求交付租赁物的权利，是债权，根据物权优先于债权的原则，其不能对抗另一承租人所享有的具有物权特征的权利。因此，未取得占有租赁物的承租人，只能依债务不履行向出租人请求损害赔

偿，无法取得对租赁物的权利。当然，法律规定对租赁关系进行登记，作为承租人对抗第三人的前提条件的，先将房屋租赁关系进行登记的承租人，取得承租人对租赁物的权利。而在本案中，聂春桥要求继续履行合同的诉讼请求能否得到支持，就取决于两个方面的问题：一是其与易齐山签订的房屋租赁合同是否已经解除；二是已经居住使用租赁房屋的另一承租人劳建功与易齐山签订的房屋租赁合同是否为有效合同。

根据《合同法》的规定，当事人可以约定一方解除合同的条件，主张解除合同的，应当通知对方。合同自通知到达对方时解除。本案聂春桥与易齐山签订的房屋租赁合同约定了明确的租赁标的、租期、租金及违约责任，是双方当事人真实意思表示。后因该租赁房屋的原用人占易齐峰正在使用，房屋没有让出，易齐山未向聂春桥交付房屋，双方人约定待房屋让出后，即开始履行合同，故易齐山未向聂春桥收取租金。此行为应视为原告、易齐山双方就签订的房屋租赁合同进行了有效的变更补充。在原占用人易齐峰搬出后，当事人双方应当按租赁合同继续履行，即易齐山向聂春桥交付房屋，聂春桥向易齐山交纳租金。易齐山提出聂春桥自签订房屋租赁合同后一直没有交纳租金，因此应视为双方已自行解除合同。易齐山的辩解观点没有法律依据，即便双方在合同中约定了不交纳租金一方可以解除合同，但本案在签定合同时因房屋没能及时交付，存在一定的特殊性，易齐山可以在认为履行合同条件成就时，限期由聂春桥方交纳租金。如果聂春桥方在限期内不交款，易齐山方可以解除合同，并书面或口头通知聂春桥即可。本案易齐山没有给予聂春桥一定的期限，也未通知聂春桥合同已解除，仅以聂春桥未交租金而视合同自行解除是错误的，是违反法律规定的。故双方所签合同是真实有效的，双方应在合同履行条件成就时继续履行。



易齐山作为出租标的物的所有权人,有权按照租赁合同出租标的物，其与聂春桥所签的租赁合同是合法有效的，聂春桥依据此合同已取得该

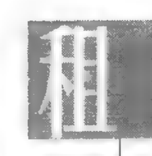
标的物的使用权，因租赁房屋的原占用人易齐峰正在使用，房屋没有让出，故聂春桥未能按合同及时取得使用权，但其依据合同享有了他物权。易齐山在未对该合同是否履行、是否中止、是否解除作出定论情况下，无权就同一标的物另签租赁合同，其行为违反一物上设定两个不同使用权的规定，侵害了聂春桥的他物权，其与劳建功所签合同应属无效合同，不应受到法律保护。聂春桥在获悉被告易齐山与劳建功签订房屋租赁合同后，即向易齐山、劳建功分别提出异议。作为他物权人的聂春桥根据其对出租标的物的合法占有权要求易齐山按原有效房屋租赁合同履行是有法律依据的，聂春桥的主张应当得到支持。劳建功在获悉聂春桥与易齐山存在房屋租赁法律关系，并主张履行原租赁合同时，应当待易齐山与聂春桥就相关问题处理后再考虑履行合同，居住使用房屋的问题，但其对聂春桥提出的异议不予理睬，仍然入住和使用承租房屋。因此，其租赁房屋的使用权不符合善意取得。为保护承租人聂春桥的合法权益，易齐山与劳建功先前签订的房屋租赁合同也不宜认定为有效。由此造成的损失，劳建功应向易齐山主张赔偿。由此可见，易齐山在未对原租赁合同作出明确的解除或中止情况下而与案外人劳建功另签租赁合同，违反有关法律规定，所签合同应属无效合同。因原合同合法有效，聂春桥因合法占有权而提起的排斥所有权人和第三人对占有物的侵害，主张继续履行合同的诉讼请求，应当得到支持。

另外，2009年出台的《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第6条规定："出租人就同一房屋订立数份租赁合同，在合同均有效的情况下，承租人均主张履行合同的，人民法院按照下列顺序确定履行合同的承租人：（一）已经合法占有租赁房屋的；（二）已经办理登记备案手续的；（三）合同成立在先的。不能取得租赁房屋的承租人请求解除合同、赔偿损失的，依照合同法的有关规定处理。"

35. 房屋被法院查封后又出租的，债权人取得房屋后应否继续履行租赁合同？

【案情】

杭剑平为经营需要向某银行贷款30万元，并将自有房屋一套作为贷款抵押。由于其到期未清偿银行贷款，经某银行申请，人民法院查封了杭剑平用于贷款抵押担保的房屋，并到当地房地产管理部门办理查封登记手续，通知该机关不予办理该房屋过户手续。此后，杭剑平将该房屋出租给巴宗灵，租赁合同约定：巴宗灵承租杭剑平的三居室楼房一套，租期自2009年6月至2011年6月；租金每月1500元，按半年一次支付。双方到当地房地产管理部门办了登记备案手续。2010年7月，该房屋被人民法院强制执行，过户给某银行。某银行要求巴宗灵腾退房屋，遭到拒绝，向人民法院提起诉讼。



【争鸣】

■ 某银行提出，杭剑平为经营需要向某银行贷款30万元，并将自有房屋一套作为贷款抵押。由于其未能清偿到期贷款，该房屋被人民法院依法查封。在查封期间，杭剑平将房屋出租给他人，签订了房屋租赁合同。承租人应当知道承租房屋被查封的情况而自愿承租，理应承担由此带来的租赁合同无法履行的风险。其与杭剑平签订的房屋租赁合同对某银行没有约束力。请求人民法院判决承租人腾退房屋。

■ 巴宗灵提出，根据《合同法》第229条的规定，“租赁物在租赁期间发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力。”依据“买卖不破租赁”的原则，房屋被过户给某银行后，某银行应当继续履行租赁合同。

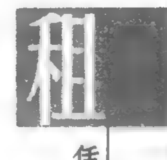


【律师点评】

我国法律并未禁止房屋被依法查封后不得出租，因此，在本案中，巴宗灵与杭剑平的房屋租赁合同是合法有效的，但是这并不是本案适用“买卖不破租赁”的充分要件。并不是所有有效合同都能得到全面有效的履行。“买卖不破租赁”是债权的一个特例，有其严格的适用条件：(1) 就同一标的物上存有买卖合同和租赁合同；(2) 买卖合同与租赁合同均有效成立；(3) 租赁合同履约在先，亦即出租人将租赁物出租后又将租赁物所有权转移于他人，若出租人在出租租赁物之前已将此物所有权转移于他人则不发生“买卖不破租赁”效果；(4) 承租人在同等条件下未主张优先购买权，若承租人主张优先购买权，则取得所有权，亦不发生“买卖不破租赁”。法律承认“买卖不破租赁”原则是对成立在先的承租人租赁权的尊重与保护，承租人凭借其成立在先的租赁权不但可以对抗买卖合同之买受人，而且可以对抗成立在后的抵押权人。但前提是承租人之租赁权先于买受人之所有权、抵押权人之抵押权存在，否则原租赁合同对买受人、抵押权人不具有法律拘束力。

所以，《物权法》第190条规定：“订立抵押合同前抵押财产已出租的，原租赁关系不受该抵押权的影响。抵押权设立后抵押财产出租的，该租赁关系不得对抗已登记的抵押权。”最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》也规定：抵押人将已出租的财产抵押的，抵押权实现后，租赁合同在有效期内对抵押物的受让人继续有效。(第65条)；抵押人将已抵押的财产出租的，抵押权实现后，租赁合同对受让人不具有约束力（第66条）。《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第20条规定：“租赁房屋在租赁期间发生所有权变动，承租人请求房屋受让人继续履行原租赁合同的，人民法院应予支持。但租赁房屋具有下列情形或者当

事人另有约定的除外：（一）房屋在出租前已设立抵押权，因抵押权人实现抵押权发生所有权变动的；（二）房屋在出租前已被人民法院依法查封的。”本案中，杭剑平的房屋被法院查封后，自查封之日起杭剑平对该房屋的所有权即受到限制，即不能完全依其自由意志自由地占有、使用、收益、处分，这种效力直到案件执行完毕。法律虽不明文禁止其将房屋出租以获收益，但应当以其查封的财产保证对某银行履行债务，在其未履行债务时法院得以该查封财产折价或变买，强制其履行债务。这就有可能造成杭剑平对巴宗灵违约。这里就涉及到查封效力与租赁效力竟合时如何处理，受损一方如何救济。



所谓财产保全效力与租赁效力竞合，是指在同一标的上同时存在财产保全和租赁，二者在效力上发生冲突的情形。二者效力发生冲突时如何处理解决，关键看二者哪个成立在先。若租赁先于查封存在，则在债权人依法定程序取得被查封财产所有权后，原租赁契约当然地适用于债权人，对债权人具有法律拘束力。这是因为，承租人在承租时并不能预见到将来租赁物会被查封，他仅能就当时现实的情况作出判断，选择出租人就租赁物缔结租契。这种当事人的自由选择应当得到尊重和保护。在此情形下，债权人所取得之所有权是负负担的所有权，对先已存在的租赁，债权人负有容忍之义务。承租人应当向债权人履行义务，债权人得以收取租金，获得相应的补偿。

若租赁后于查封存在，则在债权人依法定程序取得被查封财产所有权后，原租赁契约并不适用于债权人，除非债权人同意（此时应视为一个新的租赁契约成立）。对承租人的损失，若承租人知道或应当知道租赁物已被查封的，则损失由承租人自己负担。这是因为，意思自治是民法中的一项基本理念。所谓意思自治是指当事人按照自己的理性判断去设计自己的生活，管理自己的事务。从积极方面来讲是指自主参与、自主选择；从消极方面来讲指自己责任，即自己要为自己的判断、选择负担。若承租人知道或应当知道租赁物已被查封却仍然与出租人订立租赁契约，

这是他自主选择，其后果与他人无涉，由此带来的风险只能由他自己承受。若承租人不知道或不应当知道租赁物已被查封的，则损失应当在承租人或出租人之间按照双方过错承担相应责任。在此案件中，因巴宗灵的租赁权后于查封事实而存在，因此，不得主张“买卖不破租赁”。因为租赁物为房屋，而房屋则以登记为其公示方式，巴宗灵在缔约时应当知道房屋已被查封的事实，应当知道租约有不能履行的风险却仍然与杭剑平订立租约，这一风险只能由巴宗灵自己承受，其损失也只能由巴宗灵自己负担。



36. 出租房屋内甲醛超标的，能否解除合同？

【案情】

戴前进有一套闲置房屋。2005 年 4 月，戴前进与全西明签订租赁合同，约定：全西明承租戴前进的闲置房屋，租金为每月 2000 元，支付方式为季付；租赁期限自 2005 年 6 月至 2006 年 6 月。合同签订后，全西明支付戴前进 3 个月的租金及保证金后入住。2005 年 7 月，全西明向消费者协会投诉称，自己承租的房屋内空气质量存在问题，致居住后身体不适，经专家检测属甲醛超标，要求戴前进退还已付租金及保证金并赔偿损失。因戴前进不同意，消费者协会于 2005 年 8 月出具终止调解书。某研究院受全西明委托对租赁房屋内的空气质量进行检测。结论为：租赁房屋卧室、客厅空气中甲醛浓度不符合 GB50325-2001 卫生标准。全西明要求解除合同，并要求戴前进退还租金与保证金，遭到戴前进的拒绝。2005 年 9 月，全西明以戴前进为被告向法院起诉，要求戴前进退还租金和保证金。

【争鸣】

■ 全西明提出，按照合同约定，戴前进应将房屋附属生活配套设施在良好的状态下，出租给自己使用。现由于房屋附属生活配套设施造成室内空气甲醛浓度超标，已经违反合同约定，要求戴前进退还两个月租金和保证金。

■ 戴前进则认为，全西明在租房前曾多次实地看房，从未提出过空气质量问题，双方在平等自愿基础上签订租赁合同，是双方当事人的真实意思表示，应当按照合同履行。全西明要求解除合同和返还保证金，

自己表示同意，但合同已经履行的部分不应返还。全西明已经居住和使用了房屋，应当支付相应的费用。而且其提前解除合同，给自己造成了损失。因此，不同意返还租金。

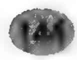


【律师点评】



在本案中，出租人交付的房屋存在质量瑕疵，是导致纠纷的原因。所谓瑕疵，一般包括权利瑕疵和物的瑕疵，与本案有关的仅为物的瑕疵，或者称质量瑕疵。《产品质量法》所称的“瑕疵”是指：产品不具备应有的使用性能；产品质量不符合明示的质量状况；产品存在危及人身、财产安全的不合理的危险；产品丧失原有的使用价值。这一表述对物的瑕疵概括得比较全面，对上述几种情形的瑕疵可以从不同角度分为：构成缺陷的瑕疵和一般瑕疵、表面瑕疵和隐蔽瑕疵、明示瑕疵和默示瑕疵。

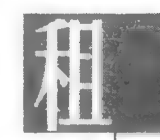
结合本案来看，出租人交付的房屋存在默示瑕疵、隐蔽瑕疵及构成缺陷的瑕疵。首先，双方的租赁合同中虽然没有房屋空气质量合格的约定，但甲醛超标的房屋并不符合居住使用的条件，长期居住反而会给人的身体健康带来一定危害，这在现代生活中已是一般的生活常识。依照某研究院出具的检测报告，参照国家质量监督检验检疫总局、建设部于2001年11月26日联合发布，并于2002年1月1日起实施，2006年修订的《民用建筑工程室内环境污染控制规范》(GB50325－2001)的规定，出租房屋内甲醛含量超标的事实显而易见。因此该出租房屋存在“默示瑕疵”，并且当事人对此并未做出过免责的约定。其次，该出租房屋存在隐蔽瑕疵。出租人认为，承租人与自己订立合同时曾多次看房，从未提出过空气质量问题，由此订立的合同是双方的真实意思表示，应当得到履行。出租人这一观点的错误即源于没有认识到本案出租房屋的瑕疵为“隐蔽瑕疵”。对于一般人来说，房屋内空气质量的不合格，属于无法直



接感知到的瑕疵。只有经过专业的检测机构、使用专业的检测仪器、运用科学的检测方法，才能够判断空气质量是否符合国家为保护居住人的身体健康而制定的标准。本案承租人也正是在入住使用后身体不适才委托专业机构检测，从而发现了出租房屋的这一隐蔽瑕疵。最后，本案出租房屋存在构成缺陷的瑕疵。由于该瑕疵的存在使合同目的无法实现，并给承租人的身体健康造成了损害。

我国《合同法》第111条规定："质量不符合约定的，应当按照当事人的约定承担违约责任。对违约责任没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，受损害方根据标的的性质以及损失的大小，可以合理选择要求对方承担修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬等违约责任。"《合同法》第61、62条规定，当事人就质量等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定；对质量要求仍不能明确的，按照国家标准、行业标准履行；没有国家标准、行业标准的，按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。根据本案承租人全西明与出租人戴前进的约定，租赁房屋的用途是居住使用，戴前进应将房屋附属生活配套设施在良好的状态下，出租给全西明居住使用。附属生活配套设施的良好这一约定，虽然没有进一步明确包括保证这些设施不污染房屋的空气，但这一内容应当是应有之意。如果将这一条款作为约定不明，本文之前提到的国家标准亦对房屋空气的质量有具体的标准。本案房屋的空气质量不符合该标准，原因是房屋出租人提供了具有瑕疵的房屋(如前论述，该房屋的瑕疵为隐蔽瑕疵、构成缺陷的瑕疵和默示瑕疵)，提供房屋的出租人因此即违反了默示担保义务，应当为此承担违约责任。另外，我国《合同法》第216条规定出租人应当按照约定将租赁物交付承租人，并在租赁期间保持租赁物符合约定的用途。这一法律规定也构成了所有出租人的默示担保义务，一旦违反，即构成违约。

出租人构成违约，承租人可选择请求出租人承担不同的违约责任，



例如要求支付违约金、要求减少租金等等，直至要求解除合同。本案中，全西明在得知租赁房屋内甲醛含量超标的事实后，即向戴前进提出要求解除合同，并退还已收取的租金、保证金，但出租人戴前进不同意解除合同，全西明因此诉至法院。这一过程实质为承租人因出租人的违约而行使单方解除权，出租人对该行为提出异议，承租人因此请求人民法院确认解除合同的效力。承租人这一诉请的请求权基础即是我国《合同法》第 94 条、第 96 条之规定。我国《合同法》第 94 条规定："有下列情形之一的，当事人可以解除合同：(一)因不可抗力致使不能实现合同目的；(二)在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；(三)当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；(四)当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；(五)法律规定的其他情形。"第 96 条规定："当事人一方依照本法第九十三条第二款、第九十四条的规定主张解除合同的，应当通知对方。合同自通知到达对方时解除。对方有异议的，可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。"《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第 8 条规定："因下列情形之一，导致租赁房屋无法使用，承租人请求解除合同的，人民法院应予支持：（一）租赁房屋被司法机关或者行政机关依法查封的；（二）租赁房屋权属有争议的；（三）租赁房屋具有违反法律、行政法规关于房屋使用条件强制性规定情况的。"这些法律规定为当事人行使单方合同解除权赋予了法律依据，同时也设置了相应的限制。

本案情形可以适用《合同法》第 94 条第 4 款的规定，因为交付空气质量不合格的房屋之行为可以认定不能使承租人实现居住房屋的合同目的。考虑到关于租赁合同已有专门的法律规定，也可以适用《合同法》第 94 条第 5 款的规定，即，当符合法律规定的其他情形时，当事人可以解除合同。这一法律规定，本案中是指《合同法》第 233 条关于租赁物

的明确规定：租赁物危及承租人的安全或者健康的，即使承租人订立合同时明知该租赁物质量不合格，承租人仍然可以随时解除合同。据此，全西明作为承租人，可以行使合同的解除权，且对其已通知过戴前进这一节事实双方都无异议，因此全西明行使解除权的形式也符合了《合同法》的规定，其诉请应当得到支持。

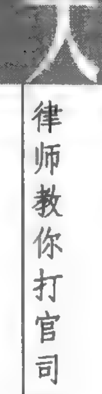
关于合同的解除是否具有溯及力，历来争论颇多。有人认为合同的解除对已经履行完毕的部分不具有溯及力；有人认为继续性合同中，合同解除不具有溯及力；有人认为合同的解除具有溯及力。我国《合同法》并未一刀切地规定合同解除有无溯及力，而是规定：合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失。



首先，继续性合同中的合同解除不具有溯及力的见解依据不足。有人持继续性合同中的合同解除不具有溯及力的观点，其主要依据为继续性合同多为以使用、收益标的物为目的的合同，这样的合同履行一段时间之后，就受领人所享用的标的物之效益无法恢复到合同订立以前的状态。这一理由事实上是对恢复原状的曲解。恢复原状只需使双方当事人的关系恢复到合同订立以前的状态即可，不可能强求一切事物原封不动回到以前的状态。标的物被使用、享用的效益无法原样返还，但可以通过金钱补偿等其他方式达到恢复原状的效果。本案中的租赁合同即属于继续性合同，其是以房屋的使用、收益为合同目的。出租方为履行合同而让渡了房屋使用、收益的效益，承租方为履行合同而支付房租。对于出租方来说，恢复原状即要求其退还承租方交纳的房租；对于承租方来说，其可以通过以金钱补偿的方式返还其所享用的房屋使用、收益的价值。

其次，合同是否有溯及力，要以尽量保护债权人为重要判断依据。解除合同是非违约方的自我救济权利，因此合同的解除是否有溯及力应当充分考虑怎样更有利于保护非违约方、惩罚违约方。如果认为继续性合同的合同解除一概没有溯及力，将会产生不公平的结果。就如本案的

租赁合同，合同履行过程中承租人支付的价款是与合格的标的物的使用价值是相对应的。由于出租人违约(尤其在交付不符合合同约定的租赁物的情况下)导致承租人解除合同，承租人支付的价款与标的物的使用价值不等价，如果不允许合同解除具有溯及既往的效力，则对承租人极不公平，违约的出租方反而因此有不当的获利。本案应当返还租金。



37. 承租人未经出租人同意转租房屋的，合同是否有效？

【案情】

狄秋山是某城市居民，有一套闲置的三居室房屋。方佳良大学毕业后到该城市工作，无房居住。获悉狄秋山有闲置房屋出租后，两人取得联系，经协商后签订房屋租赁合同。合同约定：狄秋山将三居室房屋出租给方佳良，月租金1500元，按季度交纳；租期1年。方佳良在居住和使用房屋的过程中，感到房屋太大，自己一个人无法充分利用，便想找人合租，以便分担租金。由于担心狄秋山可能会不同意，方佳良未征求其意见，便自行寻找合租人。经协商，方佳良将三居室中的一间转租给张叙。不久，狄秋山获悉方佳良擅自转租后，告知其不同意转租，但方佳良置之不理。狄秋山向法院起诉，要求方佳良立即解除与张叙之间的租赁合同并承担违约责任。



【争鸣】

■ 狄秋山提出，方佳良在未经自己同意的情况下，将承租的房屋转租给他人，按照《合同法》的规定，未经出租人同意的转租，出租人可以解除合同。因此，请求人民法院判决解除与方佳良的房屋租赁合同，收回房屋。同时，根据《合同法》的规定，转租须经出租人同意，既然承租人进行转租的行为未经出租人同意，其性质显然属非法转租，转租合同当然无效。

■ 方佳良提出，自己转租时虽然未经出租人同意，但转租并未给出租人造成任何损失，而且房屋转租已成事实，解除合同将造成多方不便。狄秋山请求解除合同，理由不充分，请求人民法院判决继续履行合同。

张叙提出，转租合同为诺成性合同，双方意思表示一致即有效成立。因此，自己与方佳良之间的转租虽然未经出租人同意，但转租合同本身是有效的。认为与方佳良之间的租赁合同合法有效，要求继续履行租赁合同。



【律师点评】

未经出租人同意的转租，又称非法转租。审判实践中，存在着大量因非法转租引起的纠纷，如出租人以承租人未经其同意擅自转租为由要求收回房屋，次承租人则以与承租人签订了有效的租赁合同并已向次承租人交纳相应租金且已对承租房屋进行了装修为由拒绝交出房屋。根据《合同法》第224条的规定，“承租人经出租人同意，可以将租赁物转租给第三人。承租人转租的，承租人与出租人之间的租赁合同继续有效，第三人造成成损失的，承租人应当赔偿损失。承租人未经出租人同意转租的，出租人可以解除合同。”由此可见，对未经出租人同意的转租，依《合同法》规定出租人可以解除合同，但承租人与次承租人之间的租赁合同究竟是有效，还是无效或者效力待定，存在不同的看法。结合《合同法》的有关规定，分析租赁合同的性质、功能，这种转租合同应当是有效的。

首先，根据《合同法》规定，租赁合同为诺成性合同。张叙与方佳良之间的租赁合同虽未经出租人同意，但这并不发生改变转租合同性质的后果，亦属诺成合同，该转租合同从双方意思表示一致时即生效，因此，该转租合同为有效合同。只不过该生效的转租合同的效力随着出租人对原租赁合同是否行使解除权而发生变化。根据《合同法》第224条的规定，发生非法转租时，出租人可以解除合同，也可以不解除合同。出租人不解除合同时，转租关系依然存在，转租合同当然有效。出租人解除合同时，原生效的转租合同只不过随着出租人解除合同行为的行使

而发生终止的法律后果，而非转租合同自始无效。

其次，法律规定转租需经出租人同意是出于保护出租人的利益，但往往未经过出租人同意的转租并不损害出租人的利益，出租人与承租人签订租赁合同的目的无非就是获取出租房屋带来的租金收益，转租行为的发生并不影响出租人实现收益，在某种情况下，还可以确保其收益。如承租人因种种原因无法对租赁物进行事实上的占有、使用，若闲置不用，必然会浪费资源，给承租人造成不必要的损失，这样反而使出租人的预期收益处于不确定状态。若非法转租合法有效，可以均衡各方当事人的利益。

最后，根据《合同法》的规定，未经出租人同意的转租行为是非法行为，但承租人与次承租人所签订的转租合同却是有效合同，这样的结论看似与《合同法》第51条存在矛盾，其实不然。按照“特别规定优于普通规定”的原则，应优先适用《合同法》分则的规定。当然并非所有非法转租合同都有效，这里讲的有效都有一个共同的前提：次承租人善意无过失，即不知道或不应当知道承租人是无权处分行为。在无权处分条件下，对善意相对人给予特别保护，这一点也是现代市场经济对《合同法》所提出的必然要求。否则，由于转租合同自始无效，一旦出租人解除租赁关系，善意的次承租人将无法要求承租人赔偿自己的损失。

根据《合同法》第224条的规定，非法转租应发生以下法律效果：第一，出租人与承租人之间的关系。承租人转租为严重的违约行为，出租人有权解除合同。出租人解除合同的可以请求损害赔偿；出租人不解除合同的，租赁关系仍然有效，不因承租人的转租而受影响。第二，承租人与次承租人之间的关系。双方之间的租赁合同有效，承租人负有使次承租人取得对租赁物使用收益的义务。承租人不能使次承租人取得使用收益的权利，次承租人可以向承租人要求损害赔偿。第三，出租人与次承租人的关系。次承租人的租赁权不能对抗出租人。虽然转租合同是

有效合同，但这仅是就承租人与转承租人之间的法律关系而言。转承租人不能以转租合同有效为由而拒绝交付房屋，即不能以自己和承租人之间的合同权利来对抗出租人的租赁合同解除权。出租人终止租赁关系时，出租人可以直接向次承租人请求返还租赁物。本案中，狄秋山可以行使解除权，解除与方佳良的租赁合同，收回出租房屋。合同解除后，方佳良与张叙的转租关系终止，张叙可以要求方佳良承担违约责任。

另外，2009 年出台的《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》对于租赁房屋的转租问题作出了详细的规定，其中：第 15 条规定："承租人经出租人同意将租赁房屋转租给第三人时，转租期限超过承租人剩余租赁期限的，人民法院应当认定超过部分的约定无效。但出租人与承租人另有约定的除外。"第 16 条规定："出租人知道或者应当知道承租人转租，但在六个月内未提出异议，其以承租人未经同意为由请求解除合同或者认定转租合同无效的，人民法院不予支持。因租赁合同产生的纠纷案件，人民法院可以通知次承租人作为第三人参加诉讼。"第 17 条规定："因承租人拖欠租金，出租人请求解除合同时，次承租人请求代承租人支付欠付的租金和违约金以抗辩出租人合同解除权的，人民法院应予支持。但转租合同无效的除外。次承租人代为支付的租金和违约金超出其应付的租金数额，可以折抵租金或者向承租人追偿。"

38. 优先购买权被侵犯的，应当在多长时间内提起诉讼？

【案情】

霍明奇有一处闲置的房屋。2003 年 6 月，霍明奇与麻群签订了房屋租赁合同，约定：麻群租赁霍明奇的楼房两居室一套，租金每年 15000 元，按年度支付；租期自 2003 年 7 月至 2005 年 7 月。麻群交纳了 1 年的租金，霍明奇将住房交付给其使用。2004 年 4 月，霍明奇因工作调动至外地，拟将该住房出卖。单位同事单小红有意购买。经双方协商，于 2004 年 5 月签订了房屋买卖合同，单小红以 30 万元的价格购买该房屋。霍明奇通知麻群，该房屋已经出卖，麻群可与新房主协商继续租赁事宜。麻群表示异议，认为霍明奇在未通知自己的的情况下将房屋出卖给第三人，侵犯了自己的优先购买权。双方无法协商一致。此后，麻群拒绝迁出房屋或向新房主交纳房租。2005 年 11 月，单小红向人民法院提起诉讼，要求麻群迁出房屋。麻群提出反诉，认为霍明奇与单小红的房屋买卖法律关系无效，请求人民法院确认自己与霍明奇同等条件的房屋买卖法律关系成立。

【争鸣】

■ 单小红提出，自己与霍明奇的房屋买卖合同合法有效。麻群非法侵占自己的房产，既不交纳租金，也不腾出房屋，请求人民法院维护自己的财产权益，排除妨碍，判令麻群迁出房屋。

■ 麻群提出，自己作为争议房屋的承租人，享有房屋的优先购买权。霍明奇在未通知自己的情况下将房屋出售给单小红，侵犯了自己的合法权益。请求人民法院确认该房屋买卖法律关系无效，自己要求以同

等条件购买该房屋。自己于2004年5月获悉承租房屋出卖给他人，是得知权利侵害之日，由此计算的期间为诉讼时效的期间，而非法定的优先购买权的计算期间。自己在合法权利被侵犯两年内主张权利，未超出诉讼时效。

■ 霍明奇的代理人提出，优先购买权属形成权，即依单方的意思而无需对方的同意而行使。依其性质应适用除斥期间的规定，而非适用诉讼时效的规定。在法无明文规定的情形下，应类推适用民法关于除斥期间的规定，除斥期间届满其权利绝对消灭。《合同法》第55条、第75条、第192条规定行使撤销权的期间为1年，即“具有撤销权的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起1年内行使”，否则，撤销权消灭，其规范内容即为除斥期间。优先购买权与撤销权同为形成权，应类推适用《合同法》中有关撤销权除斥期间的规定。被告误将形成权当作请求权，适用诉讼时效期间的规定，是错误的。被告在获悉承租房屋出卖后1年零6个月的时间才主张权利，显然远远超出了该权利的除斥期间，优先购买权已经归于消灭。其诉讼请求不能得到支持。



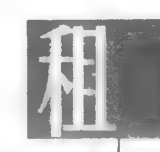
【律师点评】

《合同法》第230条规定：“出租人出卖租赁房屋的，应当在出卖之前的合理期限内通知承租人，承租人享有以同等条件优先购买的权利。”从上述规定看，出租人在出卖租赁房屋时，应提前通知承租人，如果没有通知，就违反了法律规定，构成对承租人优先购买权的侵害，承租人就可以主张买卖合同无效。但是承租人在什么时间可以主张买卖合同无效，法律没有规定，有人认为承租人随时可以主张买卖合同无效，显然是不妥的，因为如果承租人一直不主张优先购买权，那么买卖合同的效力就一直处于不稳定状态，这样不利于交易秩序的稳定，所以应当确定一个合理的期限，来促使承租人行使权利。超过合理期限，承租人就丧

失优先购买权。房屋所有人与买受人买卖租赁房屋没有提前通知承租人，该买卖合同并不是必然无效，只有当承租人在一定的合理期限内主张权利时，才有可能使买卖合同无效。因此，对承租人主张权利的期限必须给予限制，究竟给承租人行使优先购买权的期限为多长，如果以法律关于除斥期间的规定，即 1 年计算，虽然符合侵权行为诉讼时效的规定，有其合理性，但是时间还是过长，不利于维护交易的稳定，也不利于维护房屋买受人的权利。

根据上述司法解释的规定，虽然买卖出租房屋未通知承租人，但承租人应在知道房屋买卖后的 3 个月内行使优先购买权的权利，比较合理，也与出卖前 3 个月通知承租人的规定相吻合。这样，即维护了承租人的权利，也保护了房屋买受人的权利。在本案中，出租人霍明奇在未通知承租人的情况下将出租房屋出卖给他人，侵犯了承租人的优先购买权。但作为承租人的麻群应当在获悉权利被侵害之日起 3 个月内提起诉讼，主张自己的权利。而其在 1 年零 6 个月后才作为被告在反诉中主张优先购买权，显然超出了行使权利的合理期限，优先购买权已经归于消灭。其诉讼请求无法得到支持。麻群既不向房主单小红交纳租金，又不腾退房屋，侵犯了所有人的财产权益，人民法院应当依法排除妨碍，判令其腾退房屋。

另外，根据 2009 年出台的《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第 21 条的规定，“出租人出卖租赁房屋未在合理期限内通知承租人或者存在其他侵害承租人优先购买权情形，承租人请求出租人承担赔偿责任的，人民法院应予支持。但请求确认出租人与第三人签订的房屋买卖合同无效的，人民法院不予支持”。在该司法解释出台后发生的同类纠纷，如果被告与第三人已经签订房屋买卖合同的情况下，原告不能请求确认合同无效，但可以向被告请求赔偿。



39. 承租人的优先购买权如何实现？

【案情】

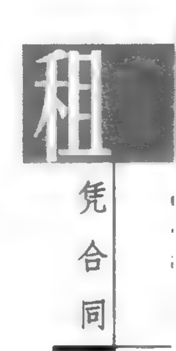
廖光华是某企业退休职工，有一套闲置的两居室房屋。2004年3月，廖光华与尚松峰签订房屋租赁合同，将两居室房屋出租给尚松峰，租金每月1200元，租期2年。2005年6月，廖光华打算将房屋出售，原单位同事王家存获悉后有意购买。两人经协商，以30万元的价格成交，签订了房屋买卖合同。尚松峰得知租赁的房屋被出售后，也要求购买。廖光华认为房屋已经出售，不同意毁约。双方为此发生争议。尚松峰向人民法院提起诉讼，要求确认廖光华与尚松峰的房屋买卖协议无效，并认定自己与廖光华的房屋买卖法律关系成立。

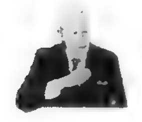
【争鸣】

■ 尚松峰提出，《合同法》第230条规定："出租人出卖租赁房屋的，应当在出卖之前的合理期限内通知承租人，承租人享有以同等条件优先购买的权利。"自己作为承租人，对承租的房屋享有优先购买权。廖光华在未征求自己意见的情况下，将房屋出售给他人，侵犯了自己的优先购买权。请求人民法院确认廖光华与王家存之间的房屋买卖关系无效，并强制某光华以原先出卖给王家存的价格（人民币30万元）将讼争房屋卖给自己，廖光华不得以自己目前暂时不想将房屋出卖为由拒绝将房屋卖给尚松峰。因为承租人的优先购买权，无论其为法定或约定，论其性质，系属形成权，即优先购买人得依单方之意思，形成以义务人出卖与第三人同样条件为内容之契约，无须义务人（出卖人）之承诺。但此项形成权附有停止条件，即在义务人出卖标的物于第三人时，始得行使。

出租人廖光华在违背法律有关承租人优先购买权的规定而将自己的房屋卖给王家存后，其对讼争房屋的处分权就应当受到限制，正如债权保全中的债权人在行使了撤销权以后，债务人不得再随意处置自己的财产或债权。

■ 廖光华提出，不同意将房屋出售给承租人尚松峰。虽然自己在未通知承租人的情况下将房屋出售，违反了法定义务，但法院不能强制自己将房屋以卖给王家存的价格卖给尚松峰。因为自己与王家存之间的房屋买卖关系被确认无效以后，恢复了对讼争房屋的所有权，所有权人对于所有物拥有占有、使用、收益、处分的全面权利。自己作为所有权人不想出卖房屋，尚松峰自然不能要求法院强制廖光华出卖自己的房屋，毕竟尚松峰的优先购买权是一种债权而不是物权，而且该优先购买权是一种相对于第三人的优先权，而不是优先于所有权人的优先权。另外，民法是私法，强调意思自治，在自己与王家存之间的房屋买卖关系被确认无效以后，房屋的所有权重新回归到出租人手中，如果出租人此时不想再把房屋出卖，法院不能强加干涉，强令出租人将房屋卖给承租人尚松峰。





【律师点评】

根据《合同法》的规定，房屋优先购买权总的来说具有以下几个特点：（一）承租人的优先购买权是一种法定民事权利，是一种由法律直接创设而能够对抗第三人的民事权利。它并非基于租赁双方当事人协议而产生，也不能由双方当事人协商后事先取消。（二）承租人的优先购买权是一种具有物权性质的请求权，而非纯粹债权性质的请求权。理由主要有：第一，房屋承租人优先购买权系由法律直接规定的，这与债权纯系当事人自由设定原则不相符合。第二，根据债权相对性原则，纯粹的债权不得对抗第三人，权利人只能获得相应赔偿，而事实上我国的承租人优先购买权是可以对抗第三人的。在出租人违

反有关承租人优先购买权的法律规定，擅自将租赁房屋出卖给第三人的，承租人可以据此要求法院宣告该房屋买卖关系无效。第三，通常情况下，纯粹的债权是一种独立的权利，而优先购买权具有附从性，是附从于租赁事实的。所以，我国房屋承租人的优先购买权是一种物权性质的请求权。（三）优先购买权是一种期待权。如果出租人不出卖房屋，则承租人不得以享有优先购买权为理由要求出租人将房屋卖给承租人。只有当房屋出租人出卖房屋时，承租人的优先购买权才可能转变为现实的权利。（四）优先购买权是一种限制权。相对于出租人来讲，承租人的优先购买权其实是对他所有权行使的一种限制。承租人只要在同等条件下行使优先购买权，出租人便不得将房屋卖给第三人。（五）优先购买权是一种可能权。所谓的可能权，是指“权利人依自己的行为而使他人与他人间的法律关系发生变动的权利”。作为优先购买权权利人的承租人可以以自己主张优先购买权的行为而使出租人与第三人之间就租赁房屋形成的房屋买卖关系无效，所以承租人的优先购买权是一种可能权。

在本案中，尚松峰具有向廖光华行使优先购买权的条件：(1) 出租人要将房屋出卖给第三人；(2) 承租人在合理期限内向出租人主张了自己的优先购买权；(3) 必须是与第三人具有同等条件。根据《合同法》的原理，如果出租人在有出卖房屋的意思，与第三人协商的同时通知承租人的，等于是向承租人发出了要约，承租人向出租人主张的愿意在同等条件下购买房屋的意思表示显然是一种承诺，这在理论上当无异议。对于出租人未依法履行通知承租人的义务，擅自将房屋卖给第三人，而承租人主张优先购买权的，既然法律明确规定了出租人的这项义务，那么出租人在实践中若不作为的，则为了保障该项义务的实现，应当在法律上推定出租人在向第三人发要约的同时也向承租人发了要约，要约的内容就是承租人在与第三人同等条件下是否要购买租赁房屋，承租人获知出租人出卖租赁房屋的事实后向出租人要求以与第三人同等

条件购买房屋的意思表示在法律上就是一项承诺。无论在哪种情形下，承租人与出租人之间事实上都已经确立了一种房屋买卖法律关系，出租人必须以“同等条件”将租赁房屋卖给承租人，否则应承担相应的违约责任。

尚松峰此时享有的优先购买权应当是一种现实的民事权利，而不应当仅仅是宣告权，权利人的权利在此时应当得以实现。法律上规定的承租人优先购买权在出租人没有出卖租赁房屋的意思时是一种期待权，而一旦房屋出租人违反法律有关优先购买权的规定将房屋出卖给第三人时，承租人的优先购买权就应得到实现。在司法实践中，某个具体的承租人对特定的承租房屋所拥有的优先购买权应当是一种具体、现实的民事权利：即出租人以卖给或打算卖给第三人的同等条件（包括价款、价款的支付时间和方式等）将房屋卖给承租人。人民法院审理房屋承租人优先购买权的案件，不能仅是对承租人这种法定权利的确认过程（因为承租人基于租赁房屋的事实对租赁房屋享有优先购买权是法律明确规定的，不需要再通过判决来确认），还应当是把这种抽象的权利具体化为现实权利的过程。此时承租人不仅有权要求人民法院确认出租人与第三人之间的房屋买卖关系无效，而且可以要求人民法院确认承租人和出租人之间依“同等条件”成立房屋买卖关系。



如果在这种情况下尚松峰的优先购买权都无法实现，那么房屋承租人优先购买权就变成了一句空话，在绝大多数情况下都不可能变成现实。因为出租人在买卖关系被确认无效以后，在情绪上肯定是与承租人对立的，出租人在通常情况下都不太愿意将房屋出卖给承租人。出租人都可以表示不愿再出卖房屋，然后解除房屋租赁关系，再将房屋出卖。那么承租人的优先购买权就是一张白条：法律上存在而在现实中永远无法实现，它只能破坏出租人与第三人的买卖关系，却无法使承租人获得房屋买卖权。这样的结果，是导致出租人不能按自己意思处置自己的房屋，第三人无法取得自己想要的房产，承租人也无法获得享有优先购买权的

房产，使得讼争房屋不能顺利交易（财产不能顺畅流转），既不符合经济效率原则，浪费三方当事人的人力、物力和社会财富，又有违司法两便原则，浪费有限的司法资源。

因此，在本案中，出租人廖光华违反法律规定，将租赁房屋擅自出卖给第三人，承租人尚松峰向人民法院提起诉讼，要求宣告出租人与第三人之间的房屋买卖关系无效，并主张以与出租人出卖给第三人的同等条件购买租赁房屋，人民法院应予支持。人民法院应当判决宣告廖光华与王家存之间的房屋买卖关系无效，并确认出租人廖光华和承租人尚松峰之间依“同等条件”（即人民币30万元的价格）成立房屋买卖法律关系，因为出租人与第三人协商后打算以人民币30万元的价格出卖房屋的意思表示事实上也等于向承租人发出了要约，承租人在得知情况以后，向出租人所作的愿以同等条件购买租赁房屋的意思表示就是一种承诺。出租人与承租人双方的房屋买卖法律关系成立。所以，人民法院只须对这一法律关系予以确认即可。

但人民法院能否强制出租人履行合同义务，将房屋交付给承租人呢？根据现行法律、法规和司法解释的规定，承租人对出租房屋的优先购买权是一种准物权性质的民事权利。对准物权的保护必须要和所有权的保护有所区别。所有权是绝对的权利，在房屋的所有人不愿意履行合同，交付房屋给承租人的情况下，人民法院不宜强制房屋的所有人履行合同义务。优先购买权只是他物权，它不能与所有权等量齐观。在他物权受到不法侵害时，虽然也可以适用物权的保护方法，但在保护强度上，他物权不能凌驾于所有权之上。如果房屋的出租人不愿意履行与承租人之间依法成立的房屋买卖合同，不愿意交付房屋给承租人，则不能以强制履行合同义务的方法实现承租人的优先购买权，而只能要求出租人承担违约责任，给付违约金。这样，承租人的权利得到了有效的保护，出租人违反法律义务的行为受到了制裁，但也没有对出租人的利益造成过分的损害，符合法律的公平原则。

另外，2009年出台的《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第21条规定："出租人出卖租赁房屋未在合理期限内通知承租人或者存在其他侵害承租人优先购买权情形，承租人请求出租人承担赔偿责任的，人民法院应予支持。但请求确认出租人与第三人签订的房屋买卖合同无效的，人民法院不予支持。"第24条规定："具有下列情形之一，承租人主张优先购买房屋的，人民法院不予支持：（一）房屋共有人行使优先购买权的；（二）出租人将房屋出卖给近亲属，包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女的；（三）出租人履行通知义务后，承租人在十五日内未明确表示购买的；（四）第三人善意购买租赁房屋并已经办理登记手续的。"因此，在该司法解释出台后发生的同类纠纷，如果被告与第三人已经签订房屋买卖合同的情况下，原告不能请求确认合同无效，但可以向被告请求赔偿。在善意第三人已经购买房屋并办理过户登记的情况下，承租人无权要求优先购买房屋。



40. 部分房屋的承租人要求优先购买整栋房屋的，应否支持？

【案情】

申强在某城市工作。由于单位没有提供宿舍，申强租赁了当地居民符双民的三居室房屋中的一间居住（符双民自用其余的两间）。双方签定了书面的租赁合同，约定：租期1年，自2009年3月至2010年3月；租金每月600元，按季度交纳；承租人不负担水电费、取暖费等其他费用。2009年7月，符双民打算出卖该房屋，单位同事历秋堂打算购买。双方经协商后签订了房屋买卖合同。申强获悉后认为，符双民出卖房屋时未通知自己，侵犯了自己的优先购买权，要求符双民解除与历秋堂的房屋买卖合同，自己愿以同等条件购买该房屋，遭到符双民的拒绝。双方经协商未果，申强向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 申强提出，根据《合同法》第230条的规定，出租人出卖租赁房屋的，应当在出卖之前的合理期限内通知承租人，承租人享有以同等条件优先购买的权利。优先购买权是法律赋予承租人的优先购买出租房屋的权利。只要出租人出卖的房屋涵盖出租房屋，承租人就享有优先购买权。自己作为符双民所有的三居室中部分房屋的承租人，在符双民出卖房屋的情况下，享有以同等条件优先购买的权利。符双民在未通知自己的情况下，将房屋出卖给他人，违反了法定义务，侵犯了自己的优先购买权。请求人民法院确认符双民与历秋堂签订的房屋买卖合同无效，并支持自己以同等条件购买房屋的主张。

■ 符双民提出，根据法律规定，出租人出卖出租房屋，承租人才享有优先购买权，承租人的优先购买权仅指租赁物，不能延伸至非租赁物。法律对出租人出卖整栋房屋，而承租人只承租该房屋一部分，承租人是否享有优先购买权没有明确规定，因此，当出租人出卖超出租赁物范围的整栋房屋时，承租人不享有优先购买权。原告申强只是租赁整栋房屋的一部分，自己出售的是整栋房屋，申强主张优先购买权，没有法律依据。



【律师点评】

本案涉及到的是出租人出卖整栋房屋的，承租该房屋之一部分的承租人是否享有优先购买权的问题。最高人民法院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干意见》第118条规定："出租人出卖出租房屋，应提前三个月通知承租人，承租人在同等条件下，享有优先购买权；出租人未按此规定出卖房屋的承租人可以请求人民法院宣告该房屋买卖无效。"《合同法》第230条规定："出租人出卖租赁房屋的，应当在出卖之前的合理期限内通知承租人，承租人享有以同等条件优先购买的权利。"根据上述法律规定，所谓房屋的优先购买权，是指房屋承租人在出租人出卖所租赁房屋时，同等条件下有优先于第三人购买所承租房屋的权利。其特征包括：（1）基于法律的规定。（2）是一种物权性质的请求权。（3）是一种附条件的形成权。即优先购买人依自己一方的意思，形成以出租人与第三人同等条件为内容的契约，无须出租人的承诺。（4）具有专属性。此权利仅属于承租人本身。

在出租人出卖涵盖出租房屋的整栋房屋时，承租人是否享有优先购买权，取决于整栋房屋与租赁房屋是否可以分割出卖，在可以分割出卖的情况下，出租人是分割出卖，还是整体出卖。如果超出租赁范围的房屋部分与租赁房屋可以分割出卖，出租人是分割出卖房屋，承租人只能

就承租的房屋享有优先购买权。因为法律赋予承租人的优先购买权范围仅限于租赁房屋范围，出租人出卖租赁范围外的房屋，没有法律义务让承租人行使优先购买权，否则，就侵犯了出租人的权利。在此情况下，不让承租人行使超出租赁范围外的房屋优先购买权，也没有侵犯承租人权利。因为法律赋予承租人的优先购买权权限范围到此为止。如果超出租赁范围的房屋部分与租赁房屋无法分割出卖，或虽可分割出卖，但出租人不同意分割出卖，要求整体出卖，承租人就整栋房屋享有优先购买权。因为超出部分与租赁部分不可分割，或虽可分割，但出租人不同意分割出卖，要求整体出卖，在此情况下，出租人出卖的房屋涵盖了租赁房屋，其出卖行为直接影响到承租人的利益，必须考虑承租人的优先购买权问题。承租人行使优先购买权的范围虽然超出了租赁范围，但有充分的理由：超出部分与租赁部分房屋连为一体，无法分割，或虽可分割，但因出租人原因，要求整体出卖，均使承租人无法单独行使优先购买权。让承租人行使优先购买权并不影响出租人利益。反之，不让承租人行使优先购买权，则侵犯了承租人的优先购买权，影响承租人利益。

承租人的优先购买权是法定的，没有附加任何条件，不因出租人出卖房屋超出承租房屋范围而改变。根据上述法律和司法解释的规定，出租人出卖出租房屋，应当在出卖前的合理期限内，通知承租人，承租人享有以同等条件优先购买的权利。承租人的这种优先性是法定的，不附加任何条件，不因出租人出卖出租物超出了租赁物范围而改变，只要出卖房屋涵盖了租赁房屋部分，承租人就享有优先购买权。被告方的意见是片面、机械地理解优先购买权的法律规定。只要稍微转换一下出租人出卖整栋房屋的性质审视角度，就会得出承租人是否享有优先购买权的正确结论。出租人超出租赁房屋范围出卖整栋房屋，并未改变出卖租赁房屋的性质，仍然是出卖租赁房屋的行为。因为其出卖的标的物含有租赁物，只是大于租赁物。难道说出租人超出租赁房屋范围出卖整栋房屋，就不是出卖租赁房屋吗？很显然不能得出这个结论。因此，出租人整体

出卖出租房屋并未改变其出卖租赁房屋的性质，其要求超范围整体出卖房屋只是其出卖的条件，不能看作改变了出卖标的物。承租人愿不愿意接受整体出卖，是其能否实际行使优先购买权的前提。法律规定承租人的优先购买权不是无条件的，而是有条件的，必须在同等条件下行使。在该案中，具体表现为申强是否愿意接受出租人的整体出卖条件，是否愿意以同等价格接受。但这些都属于承租人怎样行使优先购买权的问题，而不是承租人是否享有优先购买权的问题。承租人的优先购买权首先得由出租人于出卖前合理期限通知后，才能实际开始行使。出租人可明确告知承租人房屋出卖的条件是超范围整体出卖，承租人愿意接受整体出卖条件，承租人即享受优先购买权，不愿接受该条件，承租人则放弃了优先购买权，出租人可依法对外出卖。

出租人整体出卖房屋，承租人行使优先购买权，有利于维护交易秩序的稳定，兼顾出租人和承租人利益，符合优先购买权的立法精神和目的。优先购买权的立法精神和目的就是要赋予承租人在购买承租房屋时的优先性，使出租人和承租人的租赁法律关系不因出租人的出卖行为而受到影响，维护交易秩序的稳定，促进市场经济的发展。出租人出卖租赁房屋，在同等条件下，卖给第三人和卖给承租人，其利益不受任何影响，出租人卖给承租人更有利于保护承租人利益。基于承租人承租出租人房屋的事实前提，故法律规定承租人的优先购买权。出租人整体出卖房屋时，在同等条件下，承租人享有优先购买权，照样对出租人利益不构成影响，相反能兼顾承租人利益，使租赁房屋不因出租人出卖房屋受任何影响，符合优先购买权的立法精神和目的。在本案中，出租房屋整体出卖，出租人应在出卖前 3 个月通知承租人。在同等条件下，承租人申强享有优先购买权。出租人出卖房屋时，并未通知承租人，侵犯了承租人的优先购买权。根据《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第 21 条的规定，“出租人出卖租赁房屋未在合理期限内通知承租人或者存在其他侵害承租人优先购买

权情形，承租人请求出租人承担赔偿责任的，人民法院应予支持。但请求确认出租人与第三人签订的房屋买卖合同无效的，人民法院不予支持”。因此，在被告与第三人已经签订房屋买卖合同的情况下，原告不能请求确认合同无效，但可以向被告请求赔偿。



41. 承租人仅要求优先购买其承租的部分房屋，应否支持?



【案情】

甘平是某地居民，在当地城郊拥有一套平房和一个完整的院落。平房共有7间，正房3间，东偏房和西偏房各两间。由于甘平在城里购买了住宅，便将闲置的平房出租。7间平房分别由曹华和李回堂两家承租。曹华承租正房3间和东偏房2间，李回堂承租西偏房2间。双方签订了租赁合同。2009年6月，甘平由于急需用钱，打算将平房出售。在未通知李回堂的情况下，甘平单独和曹华协商，以10万元的价格将平房出售给曹华。双方签订了房屋买卖合同。李回堂获悉后，要求甘平将自己承租的两间平方以相应的价格出售给自己，遭到甘平的拒绝。双方发生争议，诉至人民法院。

【争鸣】

■ 李回堂提出，甘平的平房一套共7间，一直分割为两部分分别由自己和曹华承租。现在甘平拟将平房出售，自己和曹华分别对各自承租的部分享有优先购买权。只有在一方不愿意购买的情况下，另一方才可以购买整套房屋。而甘平在未通知自己的情况下，与曹华单独签订房屋买卖合同，将整套平房出售给曹华，显然侵犯了自己作为承租人享有的优先购买权。请求人民法院确认甘平与曹华的房屋买卖协议部分无效，并要求以相应价格购买自己承租的两间平房。

■ 甘平提出，曹华承租的5间平房和李回堂承租的两间平房属于同一个院落，构成了一个不可分割的整体。如果人为将其分割后出售，必

然会降低房屋的价值。自己和房屋的主要承租人曹华协商出售房屋，并无不当。请求人民法院驳回原告的诉讼请求。

曹华提出，争议的房屋是一个整体，不能分割出售，否则将降低其使用价值。自己承租了7间平房中的5间，是出租房屋的主要承租人，在优先购买权的序列上应当比原告优先。自己和房主签订房屋买卖合同，并无不当。请求人民法院确认有效。



【律师点评】

本案涉及到房屋承租人的优先购买权问题。所谓房屋的优先购买权，是指房屋承租人在出租人出卖所租赁房屋时，同等条件下有优先于第三人购买所承租房屋的权利。其法律依据有：最高人民法院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干意见》第118条规定："出租人出卖出租房屋，应提前三个月通知承租人，承租人在同等条件下，享有优先购买权；出租人未按此规定出卖房屋的承租人可以请求人民法院宣告该房屋买卖无效。"1984年最高人民法院《关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》中规定："房主出卖房屋时在同等条件下原房客优先购买的的权利应予保护。"1994年建设部《城市公有房屋管理规定》第36条第2款指出："出售出租公有房屋时，承租人有优先购买权。"《合同法》第230条规定："出租人出卖租赁房屋的，应当在出卖之前的合理期限内通知承租人，承租人享有以同等条件优先购买的权利。"

就本案而言，房屋承租人李回堂对于承租房屋具有优先购买权自无异议。《合同法》第230条并没有对承租人享有优先购买权的条件作出限制，也没有在享有优先购买权的承租人之间对实现的顺位作出选择性规定。被告出售房屋前没有通知原告参加竞买，违反了法定的通知义务。事实上，如果通过竞价的方式，房屋可能会卖到更高的价钱。现原告根据《合同法》和有关司法解释，主张被告和第三人侵犯其优先购买权应

予支持；第三人主张承租的房屋比原告多，因此优先享有房屋购买权，没有法律依据。

但在房屋存在多个承租人，出租人意欲整体出售，而承租人要求购买自己承租的部分房屋时，应当结合以下因素综合把握：（1）房屋能否分割。如果不能分割或分割后降低房屋的使用价值，应当允许出租人整体出售。（2）分割转让是否影响房屋的交易价值。出租人作为所有权人，其利益应受到最大程度的保护，不能因为承租人享有优先权，出租人还要牺牲经济代价去满足之。（3）即使在承租人不享有优先购买权的情况下，出租人提前通知的义务也不能免除，这是出租人的法定义务。在本案中，争议的房屋共有7间，享有同一个院落，构成了一个完整的整体，如果分割后出售显然会降低房屋的价值，损害出租人的利益。因此，原告要求以相应价格购买自己承租的部分房屋的诉讼请求不能得到支持。本案争议的房屋应当作为一个整体由全部承租人竞价购买。



根据《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第21条的规定，“出租人出卖租赁房屋未在合理期限内通知承租人或者存在其他侵害承租人优先购买权情形，承租人请求出租人承担赔偿责任的，人民法院应予支持。但请求确认出租人与第三人签订的房屋买卖合同无效的，人民法院不予支持。”因此，在被告与第三人已经签订房屋买卖合同的情况下，原告不能请求确认合同无效，但可以向被告请求赔偿。

42. 房屋的次承租人是否享有优先购买权?

【案情】

时腾宇拥有一处闲置的临街店面。2004年3月，经人介绍，时腾宇与龚永清协商签订了房屋租赁合同，约定：龚永清租赁时腾宇的临街店面开办时装店，租金每月3000元，按季度支付；租期3年。但时装店开办后，龚永清经营不善，导致亏本。经过协商，在得到时腾宇允许的情况下，龚永清将该店面转租给班凌燕。2005年8月，时腾宇因病急需用钱，决定转让该店面。经过与班凌燕的协商，双方签订了房屋买卖合同，班凌燕以20万元购买时腾宇的临街店面。龚永清获悉后提出，自己也愿以相同的价格购买该店面，要求时腾宇解除与班凌燕的房屋买卖合同，遭到拒绝。龚永清向人民法院提起诉讼，请求确认时腾宇与班凌燕的房屋买卖法律关系无效和自己与时腾宇以同等条件成立的房屋买卖法律关系有效。

【争鸣】

■ 龚永清提出，《合同法》第224条规定：“承租人经出租人同意，可以将租赁物转租给第三人，承租人转租的，承租人与出租人之间的租赁合同继续有效，第三人对租赁物造成损失的，承租人应当赔偿损失。”转租是指承租人不退出租赁关系，而将租赁物出租给次承租人使用收益。在转租中，出租人与承租人之间的租赁合同仍然有效，虽然次承租人与出租人之间没有权利义务关系，当因次承租人的原因发生租赁物损害时，出租人有权向承租人要求赔偿，同时次承租人也不能向出租人主张权利，因此，如次承租人不能得到租赁权而遭到损害时，其只能向承租人请求赔偿，因为次承租人的租赁权是基于承租人的租赁权而产生

的。由此可见，次承租人在出租人买卖房屋时不享有优先购买权，当然，在房屋转让后，当原租赁合同未到期时，因原租赁合同继续有效，转租合同也仍然有效，次承租人仍可占有、使用租赁物；但在原租赁合同有效期限届满后，次承租人就不能占有、使用租赁物了。在本案中，自己承租时腾宇店面期间，经出租人的默示同意，将店面转租给班凌燕，但自己享有诉争店面的优先购买权。时腾宇在未通知自己的情况下，即与出租店面的次承租人班凌燕签订房屋买卖合同，侵犯了自己的优先购买权，请求确认时腾宇与班凌燕的出售店面合同无效，同时确认自己与时腾宇以同等条件的房屋买卖法律关系成立。

■ 时腾宇提出，龚永清已丧失对诉争店面的优先购买权，其要求确认自己与班凌燕出售店面合同无效的请求应予驳回。理由是龚永清经出租人的默示同意，将店面转租给班凌燕，即在班凌燕与龚永清之间成立了一个新的租赁关系，龚永清源于原租赁关系享有的优先购买权已转移至班凌燕享有，故龚永清实际上不再享有优先购买权。自己将争议店面出售给实际租赁和使用店面的班凌燕，并不存在侵犯龚永清的优先购买权的情况。



【律师点评】

根据《合同法》第230条的规定："出租人出卖租赁房屋的，应当在出卖之前的合理期限内通知承租人，承租人享有以同等条件优先购买的权利。"优先购买权是指民事主体在特定买卖的同等条件下，依法享有优先于他人购买财产的权利。承租人的优先购买权则是指承租人在出租人出卖租赁物时，在同等条件下优先购买该租赁物的权利。根据上述法律规定，承租人对租赁物的优先购买权仅限于房屋。优先购买权的实现需要具备下列条件：(1) 在租赁合同的存续期间。(2) 在同等的条件下购买。在非同等条件下，承租人不能享有优先购买权。同等条件是指承租人与其他购买人在买卖条件上等同，包括买卖的价格、付款的期限

和方式等等。(3) 必须在一定期限内行使。如果出租人通知承租人将要出卖租赁的房屋，并提出了一定的期限，而承租人在合理期限内没有购买的意思表示，优先购买权丧失。承租人享有优先购买权就要求出租人在出卖租赁房屋时应当在出卖之前的合理期限内通知承租人，给承租人考虑是否购买该房屋的时间。只要承租人未作出放弃优先购买权的表示，出租人不得在这个期限内将该房屋卖给他人。如果出租人违反了上述通知义务，承租人可以请求人民法院确认该买卖合同无效。

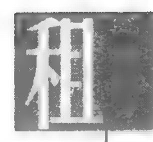
但我国法律对承租人已将租赁房屋转租后承租人的优先购买权未作明确的规定。我国确立房屋承租人的优先购买权制度的宗旨是：维护承租人在租赁房屋期间形成的依赖关系，特别是居住房屋的依赖关系，体现了社会中的一种基本人权关系；维护承租人对财产的稳定使用的状况，发挥财产利用的最大效能，促进长期投资。承租人对租赁物的使用与收益，形成了与租赁物的依赖关系，而这正是立法赋予承租人优先购买权藉以稳定承租人与出租人的法律关系、确保承租人对租赁物的依赖从而维护承租人利益的原因所在。

经过出租人同意的转租受法律的保护，在合法的转租中，承租人将对租赁物的使用收益权转让给次承租人，在使用收益过程中形成的与租赁物的依赖关系也随之转移。为此，法律基于该依赖关系设立的优先购买权应属转租内涵中的应有之义，即承租人在转租房屋的同时，已将房屋的优先购买权一并转移，由次承租人实际享有房屋的优先购买权，承租人不再享有房屋的优先购买权。因此，在本案中，龚永清已丧失对诉争店面的优先购买权，因为其原先享有的优先购买权已经随着转租关系的成立而由次承租人班凌燕享有。其要求确认时腾宇与班凌燕出售店面合同无效的请求应予驳回。

43. 出租物在租赁前被抵押的，承租人是否享有优先购买权？

【案情】

徐盛春在某地有一套两居室房屋。2003年6月，徐盛春因生意需要，将该套房屋向银行抵押贷款。2004年2月，徐盛春将该套房屋又出租给在当地工作的邢滨海。2005年6月，由于徐盛春无法偿还到期贷款，将该套房屋用于抵偿银行债务。2005年7月，银行将该套房屋公开拍卖，被当地居民栾军以20万元的价格竞得。邢滨海获悉后，向徐盛春提出自己愿以相同的价格购买该房屋。徐盛春则认为该套房屋用于抵偿银行债务，银行已将其公开拍卖，不能满足邢滨海的要求。邢滨海向人民法院提起诉讼，请求保护自己对承租房屋的优先购买权。



【争鸣】

■ 邢滨海提出，自己是争议房屋的承租人。根据《合同法》的规定，出租人在出卖出租房屋时，应当在出卖之前的合理期限内通知承租人，承租人享有以同等条件优先购买的权利。出租人徐盛春在未通知自己的情况下，通过拍卖的方式将房屋出售给第三人栾军，侵犯了自己的优先购买权。请求人民法院确认两被告的房屋买卖法律关系无效，并确认自己与出租人徐盛春相同价款的房屋买卖法律关系成立。

■ 徐盛春提出，出租房屋在出租给原告之前即已设定银行贷款抵押。因自己未清偿到期贷款，该房屋被用于抵债。银行将该房屋拍卖给他人，与自己无关。因此，承租人邢滨海对出租房屋的优先购买权不成立，其主张不应得到支持。

■ 栾军提出，自己是在公开举行的拍卖会上成功竞拍，依合法程序取得了房屋的所有权。该房屋买卖法律关系合法有效，请求人民法院予以确认。

■ 第三人某银行提出，抵押人徐盛春将争议房屋设定贷款抵押，办理了相应的抵押登记手续，后由于不能清偿到期贷款，经与抵押权人协商一致，以抵押物抵偿债务。至此，抵押权人某银行已依法取得相关抵押物的所有权。某银行取得抵押物的所有权后公开拍卖抵押物，是依法行使财产处分权的行为，并无不当。由于抵押权先于租赁关系设立，承租人对承租房屋不享有优先购买权。



【律师点评】

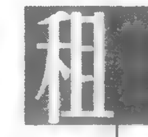
在本案中，承租人的优先购买权和银行作为抵押权人的优先受偿权发生了冲突。所谓承租人的优先购买权，是指公民、法人作为承租人时，如果出租人出卖其出租物，在同等条件下，承租人享有的优先于第三人购买的权利。其特征为：(1) 基于法律的规定。(2) 是一种物权性质的请求权。(3) 是一种附条件的形成权。即优先购买人依自己一方的意思，形成以出租人与第三人同等条件为内容的契约，无须出租人的承诺。(4) 具有专属性。此权利仅属于承租人本身。所谓抵押权人的优先受偿权，是指抵押权人就债务人提供的抵押物，在债务人届期不能清偿债务时，抵押权人可以从债务人提供的担保物中优先受清偿的权利。其法律特征为：(1) 具有法定性。(2) 具有从属性。(3) 具有不可分性。(4) 具有物上代位性。

承租人的优先购买权与抵押权人的优先受偿权有下列共同点：(1) 皆具有法定性。(2) 皆具有物权性质。(3) 皆为优先权。当法定情形出现时，优先权人均可依法行使优先请求权。(4) 皆具有从属性。承租人的优先购买权以承租权为前提，承租权消灭，优先购买权随之消

灭；抵押权人的优先受偿权基于债权而存在，债权转移或消灭，优先受偿权随之转移或消灭。（5）皆为期待权。无论优先购买权，还是优先受偿权，其成立以后是否实现，必须期待一定的条件。优先购买权期待的条件是：出租人出卖出租物，承租人与第三人具有同等资质且所给出的价款与第三人相同。优先受偿权期待的条件是：债权已到期，债务人未履行或未完全履行债务。

二者的区别是：（1）承租人的优先购买权由法律直接授予承租人，即租赁合同一旦成立，该购买权即告成立；而抵押权人的优先受偿权并非由法律授予债权人，只有当债务人以财产提供抵押担保时，债权人方取得优先受偿权。（2）承租人的优先购买权具有可分性。即承租人根据出租人出卖出租物的不同情形，既可整体优先购买租赁物，也可部分购买租赁物。抵押权人的优先受偿权具有不可分性，在抵押物部分灭失时，其余部分仍担保债权的全部；抵押物分割属于数人时，其分割的各部分仍担保债权的全部。（3）优先购买权不具有物上代位性，当租赁物转变为其他价值形态时，优先购买权不复存在；优先受偿权则不同，抵押物变化为其他价值形态，如因毁损取得赔偿金、因公益事业征用而取得补偿金时，优先受偿权人仍然得就该变化的形态行使受偿权。

之所以会出现承租人的优先购买权与抵押权人的优先受偿权并存的情形，是因为同一财产上租赁权与抵押权人出现了并存现象。由于抵押权所追求的是标的物的交换价值，不要求转移抵押物的占有，租赁权所追求的是标的物的使用价值，要求转移标的物的占有，这样抵押权和租赁权就可能并存于同一财产上。由于两种优先权均具有法定性、从属性、期待性、物权性，其实现的顺位原则上应依成立的时间先后顺序而定。法律之所以赋予承租人在同等条件下对抗第三人的优先购买权，其目的是减少买卖纠纷，减少交易风险，减少交易社会成本，便于房屋的占有、管理和使用，发挥其最大的使用价值。法律赋予抵押权人的是从抵押物的交换价值优先受偿债权的权利，而不是对抵押物的所有权。因此只要



承租人的出价与抵押权人出价相同，抵押权人就只能从抵押物的交换价值清偿自己的债权。所以承租人的优先购买权和抵押权人行使自己的优先受偿权并不冲突。

然而，这只是当同一财产上租赁权先于抵押权设立的情形。当抵押权先于租赁权设立时，情形又有所不同。最高人民法院《关于适用〈担保法〉若干问题的解释》第66条规定："抵押人将已抵押的财产出租的，抵押权实现后，租赁合同对受让人不具有约束力。抵押人将已抵押的财产出租时，如果抵押人未书面告知承租人财产已抵押的，抵押人对出租抵押物造成承租人的损失承担赔偿责任；如果抵押人已书面告知承租人该财产已抵押的，抵押权实现造成承租人的损失，由承租人自己承担。"

抵押权人的优先受偿权实际上不是单一的权利，它包含次序权、标的物交付权和受偿权。次序权和标的物交付权属清偿处分权，为物权；而受偿权属债权。由于抵押权人既是担保物权人，又是债权人，因此其优先受偿的过程，实际是担保物权人向债权人交付标的物的过程。而承租人的优先购买权亦非单一的权利，分为占有权和购买权，占有权为物权，购买权为债权。根据物权优于债权的原则，两种优先权中的债权并无先后之后，但后成立的占有权显然不应优于先成立的清偿处分权。从法律原理上看，承租人之所以在与第三人同等条件下可以取得优先购买权，就是因为与第三人可能享有的债权相比，承租人还享有占有、使用等物权，其在购买上的优先权不言而喻。但与先成立的优先受偿权相比，承租人对租赁物的占有、使用、管理明显存在着风险，因为抵押权人对承租人来讲，不是仅可能享有债权的第三人，而是享有对租赁物"清偿处分权"的"第二人"。除非出租人将租赁物卖给抵押权人以外的第三人，否则，其优先购买权无法从期待权变成既得权。换言之，只有在租赁物出租时未设定抵押权的情况下，承租人的优先购买权才是完全的；而在抵押物上设置的承租权，承租人的优先购买权将会因抵押权人行使



优先受偿权而归于消灭。故担保法解释规定，当承租人知道或应当知道租赁物上存在抵押权时，“抵押权实现造成承租人的损失，由承租人自己承担。”

在本案中，抵押人徐盛春以争议房屋为银行借款设定抵押后，又办理了相应的抵押登记手续，其抵押依法成立，抵押权人某银行自此时起享有对抵押物的优先受偿权。后因其不能清偿到期借款，以抵押物抵偿债务。至此，抵押权人某银行已依法取得抵押物的所有权，亦即实现了其优先受偿权，后于此权设立的优先购买权因受偿权的实现而告消灭。某银行在取得抵押物的所有权后委托拍卖行拍卖，属依法行使所有权的行为，与原债务人（即房屋出租人）无关，栾军在拍卖会上竞拍成功，其行为合法。邢滨海依据已经归于消灭的优先购买权主张二被告之间并不存在的买卖行为无效，显然与担保法解释相悖，故应驳回其诉讼请求。

2009年出台的《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第22条规定：“出租人与抵押权人协议折价、变卖租赁房屋偿还债务，应当在合理期限内通知承租人。承租人请求以同等条件优先购买房屋的，人民法院应予支持。”第23条规定：“出租人委托拍卖人拍卖租赁房屋，应当在拍卖5日前通知承租人。承租人未参加拍卖的，人民法院应当认定承租人放弃优先购买权。”在本案中，抵押权人就抵押物优先受偿后进行拍卖，不属于上述司法解释规定的情况，原告不能主张优先购买权。



44. 共同承租人中一人承认为有偿租赁，能否认定案件事实？

【案情】

任秋廷与成威同为某企业职工。由于单位的效益不好，两个人决意自谋出路。经协商，任秋廷和成威租用了单位所有的一间门脸房，合伙开了一家日杂商店。1年后，成威因故退出，日杂商店由任秋廷独自经营。2005年5月，因租金问题，单位与任秋廷发生纠纷。经多次协商未果，单位向人民法院提起诉讼，要求任秋廷与成威支付拖欠的租金。两人所在单位向人民法院提起诉讼，称：任秋廷和成威租用单位的门脸房从事经营活动，至今未向单位交纳租金，请求人民法院判决两人支付拖欠的租金或退回门脸房。任秋廷在答辩状中称：当初两人自谋出路，租用单位的门脸房搞个体经营，不再要单位承担两人的工资和其他福利待遇；单位同意免去两人的租金。现单位要求交纳租金，与约定不符，不同意其诉讼请求。而成威在答辩中则称：自己已经退出经营，转做其他生意，与单位不存在房屋租赁关系，租金应当由任秋廷交纳。当事人双方都未能提供租赁协议或者其他证据证明自己的主张。

【争鸣】

■ 某企业的代理人提出，成威在答辩中已经承认有租金的约定，原告方不需要再举证证明，请求人民法院确认该事实，依法判决两人交纳租金。

■ 任秋廷提出，成威承认有租金存在，是其个人行为，与自己无关。某企业未能提出有力证据证明当事人双方有关于租金的约定存在，

应当承担举证不能的责任。

■ 成威未出庭参加答辩。



【律师点评】

在成威承认有租金存在的情况下，人民法院能否予以确认并据此判决呢？

在本案中涉及到的是共同诉讼中的一人承认对方当事人主张的事实（即自认），对其他共同诉讼人是否产生拘束力的问题。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《若干规定》）对此未作出规定。正确地处理该问题，首先要认清自认的性质，即自认是一种证据形式还是一种诉讼行为。

所谓自认，是民事诉讼的当事人对他方主张的不利于自己的事实不予辩驳而加以承认，肯定其真实性的一种行为。自认是一种意思表示，即当事人将自己的心理活动的内容表现于外部的一种诉讼行为。在这里，要注意自认与“当事人陈诉”的区别。根据我国《民事诉讼法》的规定，“当事人陈诉”是一种证据形式。《民事诉讼法》第 75 条第 1 款规定：“人民法院对当事人的陈述，应当结合本案的其他证据，审查确定能否作为认定事实的根据。”由此可见，当事人陈诉作为诉讼证据，必须经过逻辑推理后方能认定，仅有当事人陈诉尚不足以发生免除陈诉人继续举证责任的法律效果。而依照《若干规定》，自认一经作出，即可发生免除对方当事人举证责任的后果，法院可依据自认确定案件事实，而无须进行推理认定。同时，在一定的情形下，当事人可以撤回自认，撤回的条件包括自认系受胁迫或者因重大误解而作出。因此，自认是一种可撤销的法律行为。

综合比较自认与证据，两者的差别表现在以下几个方面：（一）两者根本特征不同。证据最根本的特征是其具有客观性；而自认是由当事

人作出的，具有很强的主观性。（二）两者发生作用的原因不同。证据基于其本身与案件的关联性来帮助法官认定案件事实；而自认的效力来源于诉讼规则，法官可以根据自认直接推定案件事实，不需要再进行逻辑推理。（三）两者在诉讼中的作用不同。证据的作用是证实案件事实，表现其证明力；而自认可以免除对方当事人的举证自认，表现其卸除作用。

《民事诉讼法》第52条规定："当事人一方或者双方为二人以上，其诉讼标的是共同的，或者诉讼标的是同一种类、人民法院认为可以合并审理并经当事人同意的，为共同诉讼。共同诉讼的一方当事人对诉讼标的有共同权利义务的，其中一人的诉讼行为经其他共同诉讼人承认，对其他共同诉讼人发生效力；对诉讼标的没有共同权利义务的，其中一人的诉讼行为对其他共同诉讼人不发生效力。"既然自认是一种诉讼行为，根据上述法律规定，在普通共同诉讼（共同诉讼的一方当事人对诉讼标的没有共同权利义务的）中，共同诉讼人中一人的自认对其他共同诉讼人没有法律效力；在必要共同诉讼（共同诉讼的一方当事人对诉讼标的有共同权利义务的）中，共同诉讼人中一人的自认行为必须经过其他共同诉讼人的认可，才对其他共同诉讼人发生法律效力。在本案中，成威虽然承认了有租金存在的事实，但任秋廷作为共同诉讼人对此未予认可。成威的自认对任秋廷没有拘束力。作为原告方，两人所在单位仍然要举证证明有租金约定的事实。如果其对自己主张的事实不能提供足够的证据，就要承担不利的诉讼后果。

承揽合同





45. 室内装修造成污染的，承揽人应否赔偿?

【案情】

庄祈华购买了一套两居室，并与某装修公司签订了房屋装修合同。双方约定：某装修公司负责对庄祈华的住房进行室内装修；所需材料由某装修公司购置，但必须经庄祈华验收同意后方可使用。2003年12月，装修工程完工，庄祈华验收后与某装修公司结算了工程款。此后，因住房内留有刺鼻气味并且长期不消散，庄祈华委托有关机构进行检测，检测结论为：室内的异味是由装修材料挥发出的游离甲醛严重超标造成的。因与某装修公司就装修质量问题协商未果，庄祈华向当地人民法院提起诉讼。

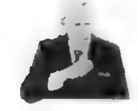


【争鸣】

■ 庄祈华提出，自己与某装修公司签订的装修合同是当事人双方的真实意思表示，合法有效。合同约定，装修工程所需材料由某装修公司购买，因此，某装修公司应当对装修材料的质量问题负责。现在，自己的房屋因装修材料释放出的甲醛浓度超过国家规定的标准，导致该房屋无法正常使用和居住，某装修公司应当承担违约责任，对工程不合格部分进行返工。同时，因某装修公司在为其住房装修的过程中使用的材料引起室内甲醛严重超标，导致房屋无法正常居住，给自己造成了财产损失和精神痛苦，请求人民法院依法判决某装修公司清除污染源，赔偿经济损失和精神损害。

■ 装修公司提出，当事人双方在装修合同中明确约定：某装修公司负责购置装修材料，但必须经庄祈华验收同意后方可投入使用。因此，

装修材料出现的质量问题和造成的损害后果应当由庄祈华自行负责，与某装修公司无关。



【律师点评】

装修合同是承揽合同的一种。根据《合同法》第251条的规定，承揽合同，是指承揽人按照定作人的要求完成一定的工作，并将工作成果交付给定作人，定作人接受该工作成果并按照约定向承揽人给付报酬的合同。承揽包括加工、定作、修理、复制、测试、检验等工作。根据上述法律规定，承揽合同具有下列特征：(1)承揽合同以一定工作的完成为目的；(2)承揽合同的标的是承揽人完成并交付的工作成果；(3)承揽合同的承揽人应当以自己的工具和技能独立完成工作并承担责任；(4)承揽合同是诺成、有偿、双务合同。装修合同符合承揽合同的上述特征。从上述法律条文看，《合同法》没有明文列举装修合同作为承揽合同的一种，但实际生活中，承揽合同的种类远不止这些，还包括如印刷、鉴定、审计、收割、装卸、洗车、调查、搬家、画图、粉刷、装修等等。庄祈华与某装修公司签订的合同就属于承揽合同的一种。



在承揽合同中，承揽人对交付的工作成果应当承担瑕疵担保责任。所谓瑕疵担保责任，是指承揽人应依据法律规定和合同约定交付定作物，定作物有瑕疵的，应当承担相应的民事责任。瑕疵担保责任是承揽人对履行合同不符合约定承担的责任，从性质上讲，承揽合同的瑕疵担保责任属于违约责任。在承揽合同中，承揽人的主要义务就是按照合同约定和定作人的要求保质保量地完成工作成果。换言之，承揽人应当保证其完成的工作成果在质量上达到合同约定的标准。如果合同没有约定标准或者约定的标准不明确，按照国家标准、行业标准履行；没有国家标准、行业标准的，按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。

在本案中，当事人双方在装修合同中没有明确约定装修工程的质量

标准，但根据合同目的，装修后的房屋至少应当具备包括空气条件在内的居住条件。而某装修公司所使用的装修材料挥发的甲醛气体严重超标，使庄祈华的房屋无法正常地居住和使用，这样的装修质量显然没有达到符合装修合同目的的质量标准。因此，可以认定某装修公司的装修工作存在质量瑕疵。庄祈华作为家庭装修的定作人，是一名普通的消费者，在对某装修公司购置的装修材料进行验收时，仅能尽到一般的注意义务，即进行外观质量上的把关，但某装修公司作为装修工作的承揽人，具备一定的专业知识，应当对其交付的工作成果承担产品质量瑕疵担保责任，即应保证装修后的房屋具备包括空气条件在内的正常居住条件。

《合同法》第 262 条规定："承揽人交付的工作成果不符合质量要求的，定作人可以要求承揽人承担修理、重作、减少报酬、赔偿损失等违约责任。"根据上述法律规定，承揽人承担瑕疵担保责任的形式主要有修理、重作、减少报酬、赔偿损失等。工作成果有轻微瑕疵的，定作人可以要求承揽人进行修理，使工作成果符合质量标准；工作成果有严重瑕疵的，定作人可以要求承揽人重做；工作成果有瑕疵，但定作人同意利用的，可以按质论价，减少报酬；工作成果不符合质量标准，给定作人造成人身或财产损害的，定作人有权要求承揽人赔偿因此而造成的损失。在本案中，某装修公司交付的装修工作成果由于装修材料释放的甲醛气体严重超标，存在严重的质量缺陷，房屋无法正常地居住使用，给庄祈华造成了财产损失，庄祈华不仅可以要求某装修公司重新装修，还可以要求其承担赔偿责任。

某公司作为装修工程的承揽人，还应当对装修材料存在的质量缺陷承担产品质量侵权责任。产品责任是一种特殊的侵权责任，即在产品存在质量缺陷并造成损害的情况下，由产品的制造者和销售者承担的责任。在本案中，某装修公司从市场上购买装修材料用于装修工程，并将相应的费用计算在工程造价之内，其地位相当于该装修材料的销售者，可以作为产品质量侵权责任的主体。根据《产品质量法》第 46 条的规定，所

谓产品质量缺陷，是指产品存在危及人身、他人财产安全的不合理的危险；产品有保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的，是指不符合该标准。在本案中，某装修公司使用的装修材料经有关机构鉴定，游离甲醛严重超标，足以证明该装修材料存在质量缺陷，并可能危及房屋使用人的人身安全。因此，某装修公司的行为符合侵权行为构成要件，应当承担产品质量侵权责任。

综上所述，在本案中，某装修公司承担的责任，既符合侵权责任的构成要件，也符合违约责任的构成要件。《合同法》第 122 条规定："因当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的，受损害方有权选择依照本法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任。"根据上述法律规定，庄祈华具有选择权，可以依据装修合同而要求某装修公司承担违约责任，也可以根据产品质量方面的法律规定而要求某装修公司承担产品质量侵权责任。违约责任和侵权责任在归责原则、责任范围和具有请求权的主体等方面均存在差别。如违约责任通常适用过错推定责任原则或者严格责任原则，而侵权责任则适用过错责任原则，对某些特殊侵权行为则适用严格责任；违约责任通常是财产损失的赔偿责任，一般不包括精神损害赔偿，侵权责任则不仅包括财产损失的赔偿，还包括人身伤害和精神损害的赔偿；要求对方承担违约责任的权利人必须是合同的当事人，而要求致害人承担侵权责任的则不限于侵权行为的直接受害人，还包括其他利害关系人。

在本案中，庄祈华在起诉时认为：某装修公司在为其住房装修的过程中使用的材料引起室内甲醛严重超标，无法正常居住，给自己造成了财产损失和精神痛苦，请求人民法院依法判决某装修公司清除污染源，赔偿经济损失和精神损害。因此，其提起的显然是侵权之诉，要求某装修公司对其使用的装修材料的质量缺陷承担侵权责任。某装修公司不仅应当清除污染源，重新装修，还应当承担因其装修工作存在质量缺陷而给庄祈华造成损害的赔偿责任。



46. 由于承揽人过错导致分包人的帮工伤残，赔偿责任由谁承担？

【案情】

张方国以包工不包料的形式承建李生的房屋，双方订立了承揽《合同书》。张方国按合同建完主体工程后，将房屋的部分外粉刷工程包给了谢华，口头议定粉刷验收后，在张方国工钱中支付报酬给谢华。谢华邀请了路东帮工，并议定同时上工，平均分配。2005年5月某日，张方国用其在李生家挑选的树木，帮谢华搭建吊架，但未搭完整。次日，谢华和路东将吊架搭完整后再动工粉刷。当天下午3时许，由于搭吊架的树木霉烂而断裂，导致路东从吊架上摔落在地，造成6级伤残。路东向人民法院提起诉讼，要求张方国、李生、谢华3人赔偿。

【争鸣】

■ 路东提出，张方国是房屋的总承包人，事故产生是由其选材不当所致，具有重大过错，应负主要责任；谢华是转承包人，自己是谢华雇请的，谢华是自己的雇主，应负次要责任；李生作为发包人，由于其提供的材料存在缺陷，也应当承担相应的责任。

■ 张方国提出，自己与谢华系分包关系，谢华接受分包后请路东帮工，路东的损伤应由谢华承担责任；自己在分包后帮忙搭建吊架的行为，属义务帮工，虽然有选材不当的过失，但不构成重大过失，不应承担责任。

■ 谢华提出，自己与路东同工同酬，不存在雇佣关系。路东的人身损害是由于房主李生提供的材料的问题和张方国选材不当造成的，应当

由两人承担责任。

■ 李生提出，自己将建房工程承包给张方国，两人属于承揽关系。张方国在完成承揽工作的过程中发生事故，与自己无关。搭建吊架的材料是由张方国挑选的，不应当由自己承担责任。



【律师点评】



《合同法》第 251 条规定：“承揽合同是承揽人按照定作人的要求完成工作，交付工作成果，定作人给付报酬的合同。承揽包括加工、定作、修理、复制、测试、检验等工作。”在本案中，房主李生与承建人张方国之间签订的合同是建房承揽合同，李生为定作人，张方国为承揽人。最高人民法院关于《审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第 10 条规定：“承揽人在完成工作过程中对第三人造成损害或者造成自身损害的，定作人不承担赔偿责任。但定作人对定作、指示或者选任有过失的，应当承担相应的赔偿责任。”造成本案人身损害后果的直接原因是吊架的树木霉烂断裂，而搭建吊架的树木是张方国自行挑选的，李生对吊架的断裂没有过失，依法不承担赔偿责任。

《合同法》第 254 条规定：“承揽人可以将承揽的辅助工作交由第三人完成，并就第三人完成的工作成果向定作人负责。”承揽人与第三人之间的合同是分包合同。张方国承建房屋后，将部分外粉刷工程包给谢华去完成，且报酬在张方国工钱中支付。可见，张方国与谢华之间形成了分包关系。但张方国分包后帮忙搭建吊架时既未完工，又选用了霉烂的树木搭吊架，是吊架断裂的直接原因，因此张方国存在重大过错，与路东的损伤有重要的因果关系。谢华（及路东）二人在做工前，将张方国交给其未完成的吊架安装使用时，应尽注意检查的义务，而未尽此义务盲目使用，对吊架断裂亦有一定的过错。《民法通则》第 106 条第 2 款规定：“公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、

人身的应当承担民事责任。”同时，《民法通则》第131条规定：“受害人对于损害的发生也有过错的，可以减轻侵害人的民事责任。”故张方国应负主要责任，谢华（及路东）二人应负次要责任。

《民法通则》第30条规定：“个人合伙是指两个以上的公民按照协议，各自提供资金、实物、技术等，合伙经营，共同劳动。”本案路东虽是谢华请来做工的，但谢华与路东系同工同酬，应属共同劳动的合伙关系。《民法通则》第34条规定：“个人合伙的经营活动，由合伙人共同决定，合伙人有执行和监督的权利。合伙人可以推举负责人。合伙负责人和其他人员的经营活动，由全体合伙人承担民事责任。”最高人民法院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见（试行）》第48条规定：“只提供技术性劳务，不提供资金、实物的合伙人，对于合伙经营的亏损额，对外也应当承担连带责任；对内则应当按照协议约定的债务承担比例或者技术性劳务折抵的出资比例承担；协议未规定债务承担比例或者出资比例的，可以按照约定的或者合伙人实际的盈余分配比例承担；没有盈余分配比例的，按照其余合伙人平均投资比例承担。”本案的谢华和路东属于对内未约定债务承担比例的情况，故只能按其实际的盈余分配比例承担责任，即平均承担。所以，谢华与路东应就次要责任部分各承担二分之一的责任。

47. 提供家庭装修劳务并按天领取报酬的，是否为承揽关系？

【案情】

余明永应许孝先要求到许孝先家中做工，为许孝先安装天花板和地板。双方约定：许孝先按照做工天数向余明永支付报酬，工钱为每天50元；余明永自备工具。几天后，余明永在对一块木板实施切割的过程中，被木板中飞溅出来的铁钉刺伤眼睛，造成经济损失计8000余元。余明永诉至法院，要求许孝先赔偿其经济损失。

【争鸣】

■ 余明永提出，自己受许孝先雇佣为其做装修，提供劳务，许孝先按做工天数支付报酬，两者之间属于雇佣关系。自己在从事雇佣活动过程中遭受人身损害，许孝先应承担赔偿责任。

■ 许孝先提出，自己与余明永之间是加工承揽合同关系。因为余明永按照自己的定作要求搞家庭装修，其利用自己掌握的手艺自主安排工作，且具有一定的技术含量，属于交付劳动成果；自己按余明永交付的劳动成果来给付报酬，是一种加工承揽关系。余明永在加工承揽工作中造成自身损害，自己作为定作人不负赔偿责任。



【律师点评】

雇佣关系是指受雇用人在一定或不特定的期间内，从事雇主授权或

者指示范围内的生产经营活动或者其他劳务活动，雇用人接受受雇用人提供的劳务并按约定给付报酬的权利义务关系。承揽关系是承揽人按照定作人的要求完成工作，交付工作成果，定作人给付报酬的权利义务关系。雇佣关系中雇主与雇员之间的地位是不平等的，双方之间具有支配与服从的关系，雇佣人必须为受雇人提供合理的劳动条件和安全保障，同时对其工作进行监督管理，受雇人则需听从雇佣人的安排，按其意志提供劳务；承揽合同关系中双方当事人的地位是平等的，不存在支配与服从的关系，在劳动中承揽人一般是自行决定自己的操作规程和劳动过程，不受定作人的组织指挥和监督管理，承揽人在完成工作中具有独立性。雇佣关系中，雇工所付出的主要是劳动力，当然也包含一定的技术成果，但通常其技术含量比较低，其报酬成分也比较单一，仅仅包括劳动力的价值。雇主享有雇工劳动的一切成果，这种成果不是雇主付酬的直接对象。而在加工承揽关系中，承揽人所付出的主要是一定技术成果，其次才是一定的劳动力；承揽事项应具有特殊性，它一般需要具备相应的设备条件，蕴涵一定的技术成分，为此，《合同法》规定承揽事项包括加工、定作、修理、复制、测试、检验等相类似的工作，同于一般劳务关系中的报酬，其报酬不仅仅包含劳动力的价值，还应当含有技术成分的价值以及一定的利润成分，即定作人接受承揽人物化的劳动成果，该成果是定作人付酬的直接对象。雇佣关系中雇工在从事雇佣活动中遭受人身损害，雇主应当承担赔偿责任。加工承揽关系中承揽人在完成工作过程中造成自身损害的，定作人不承担赔偿责任。但定作人对定作、指示或者选任有过失的，应当承担相应的赔偿责任。

在本案中，余明永是在不特定的期间内，按照许孝先的要求，为许孝先提供安装天花板和地板等特定劳务，虽然余明永是自己准备工具，所提供的劳务也具有一定的技术含量，但许孝先是按照余明永的做工天数，以每天50元的工钱支付报酬，做多少天支付多少天的工钱，完全是

支付劳动力报酬的方式，而不是以劳动成果作为支付报酬的直接对象。余明永并没有享有劳务报酬之外的额外利益，且许孝先在一定程度上对余明永的工作内容、工作进度行使着管理和指挥职能，其工作性质也没有特定的人身依附性。故本案中当事人之间应属于雇佣关系，适用有关雇佣关系的法律规定。





48. 承揽人擅自将工作交他人代为完成的，定作人能否解除合同？

【案情】

2004年2月，某塑胶制品厂（以下简称“塑胶厂”）与某服装厂签订加工合同，合同规定：塑胶厂作为定作人给服装厂提供半成品塑料儿童雨衣，服装厂作为承揽人为塑胶厂加工成品塑料儿童雨衣，但双方对加工承揽的数量、质量、价款、履行期限等未作明确规定。合同签订后，至2004年3月底，塑胶厂共向服装厂提供半成品10000件，并预付加工费15000元。服装厂收到半成品后，以自己的设备、技术和劳力加工了1000件，其余9000件服装厂未经塑胶厂同意以每件14元的价格转给了某公司。后由于服装厂没有及时向某公司支付加工费，某公司遂扣住加工完成的雨衣，导致服装厂无法向塑胶厂交货。经塑胶厂再三催促后，服装厂不得不说出转委托某公司加工并被扣住的事实。塑胶厂为了保证按时出口，只得先拿出12600元付给某公司。为此，塑胶厂诉至法院，要求服装厂返还预付的部分加工费，并承担违约责任。

【争鸣】

■ 塑胶厂提出，服装厂应当亲自完成承揽工作，其擅自将加工工作转交给第三人某公司，构成违约，因此认为服装厂应当返还塑胶厂已经交付的部分加工费并承担违约责任。

■ 服装厂提出，定作人支付加工费是其主要义务，而服装厂将加工工作转交给第三人，并没有影响塑胶厂的权益，因此认为，服装厂应当返还塑胶厂支付给某公司的加工费。至于剩余部分加工费，则不需要返



还。塑胶厂要求服装厂承担违约责任的诉讼请求不应支持。



【律师点评】

我国《合同法》第251条规定："承揽合同是承揽人按照定作人的要求完成工作，交付工作成果，定作人给付报酬的合同。承揽包括加工、定作、修理、复制、测试、检验等工作。"承揽合同的主体是承揽人和定作人。承揽人就是按照定作人指示完成特定工作并向定作人交付该工作成果的人。定作人是要求承揽人完成承揽工作并接受承揽工作成果、支付报酬的人。承揽人的交付工作成果和定作人的支付报酬互为对价，所以承揽合同是双务合同、有偿合同。承揽合同作为完成工作成果型的合同，与服务合同有本质的区别。服务合同中，服务本身即是合同标的，而承揽合同中，标的一般是有形的，或至少要以有形的载体来体现，不是单纯的智力技能。



承揽合同具有下列特征：(1) 承揽合同以完成一定工作为目的。承揽合同中的承揽人必须按照定作人的要求完成一定的工作，定作人订立合同的目的是取得承揽人完成的一定工作成果。在承揽合同中，定作人所需要的不是承揽人的单纯劳务，而是其物化的劳务成果。也就是说，承揽人完成工作的劳务只有体现在其完成的工作成果上，只有与工作成果相结合，才能满足定作人的需要。(2) 承揽合同的标的具有特定性。承揽合同的标的是定作人所要求的，由承揽人所完成工作成果。该工作成果既可以是体力劳动成果，也可以是脑力劳动成果；可以是物，也可以是其他财产。但其必须具有特定性，是由承揽人为满足定作人特殊需求通过自己与众不同的劳动技能而完成的。(3) 承揽合同的承揽人应以自己的能力独立完成工作。承揽合同的定作人需要的是具有特定性的标的物。这种特定的标的物只能通过承揽人完成的工作来取得。因此，定作人是根据承揽人的条件认定承揽人能够完成工作来选择承揽人的，定

作人注重的是特定承揽人的工作条件和技能，承揽人应当以自己的劳力、设备和技术，独立完成承揽工作，经定作人同意将承揽工作的一部分转由第三人完成的，承揽人对第三人的工作向定作人承担责任。承揽人应承担取得工作成果的风险，对工作成果的完成负全部责任。承揽人不能完成工作和取得定作人所指定的工作成果，就不能向定作人要求报酬。

根据《合同法》第253条的规定："承揽人应当以自己的设备、技术和劳力，完成主要工作，但当事人另有约定的除外。承揽人将其承揽的主要工作交由第三人完成的，应当就该第三人完成的工作成果向定作人负责；未经定作人同意的，定作人也可以解除合同。"承揽人擅自将工作交由第三人完成的，将构成根本违约，此时，定作人可以选择两种方式要求承揽人承担合同责任。一种是定作人要求承揽人对第三人完成的工作成果向定作人负责。比如，定作人对承揽人设备、技术和劳力无特别要求，只要求工作成果按时按量完成的情况下，承揽人擅自将承揽工作交由第三人完成，定作人认为工作成果的质量、数量、交付时间等能够接受，可以不解除合同。定作人不解除合同的，第三人完成工作的，由承揽人对第三人的工作向定作人负责。当工作成果质量不符合合同约定的质量要求的，定作人有权要求承揽人承担重作、修理、更换和赔偿损失等违约责任。工作成果数量不符合约定的，定作人有权要求承揽人在合理的期限内补齐，造成定作人损失的，承揽人承担损害赔偿责任。工作成果交付迟延的，承揽人应当承担迟延交付的违约责任，并赔偿定作人的损失。另一种是通知承揽人解除合同。因解除合同给定作人造成损失的，定作人可以要求承揽人承担损害赔偿责任。



因此，服装厂擅自将工作交由第三人某公司完成的，构成根本违约。定作人塑胶厂可以选择两种方式要求承揽人承担合同责任。一种是要求服装厂对第三人完成的工作成果向定作人负责。另一种是可以通知服装厂解除合同。本案中，塑胶厂要求服装厂返还部分预付的加工费并承担违约责任，是选择了解除承揽合同。其诉讼请求应当予以支持。

运输合同





49. 客运车辆发生交通事故导致乘客死亡，如何赔偿?

【案情】

丰树义在外地务工。2005年春节期间，丰树义搭乘某客运公司的班车返乡。车辆行驶途中，在某公路拐弯处与一辆小货车发生碰撞，发生倾覆，翻入路边的沟中。丰树义受重伤被送往医院抢救，但因伤势过重，经抢救无效死亡。经公安机关交通管理部门现场勘察认定：小货车对此次交通事故承担全部责任。丰树义的家属向某客运公司要求赔偿，就医疗费、误工费、护理费、交通费、丧葬费等项双方无异议，但对受害人家属要求的死亡赔偿金和被扶养人生活费，客运公司不同意赔偿。双方经公安机关交通管理部门调解未能达成一致，诉至人民法院。

【争鸣】

■ 丰树义的家属提出，丰树义搭乘某客运公司的班车，与某客运公司形成了客运合同关系。作为客运服务的消费者，丰树义享有人身、财产安全不受损害的权利，客运公司应当承担经营者的安全保障义务，将丰树义安全地送达目的地。车辆在途中发生交通事故，造成丰树义伤重死亡。《消费者权益保护法》第42条规定："经营者提供商品或者服务，造成消费者或者其他受害人死亡的，应当支付丧葬费、死亡赔偿金以及由死者生前扶养的人所必需的生活费等费用；构成犯罪的，依法追究刑事责任。"某客运公司应当按照上述法律规定承担赔偿责任，支付丰树义的死亡赔偿金和被扶养人生活费。

■ 某客运公司提出，《合同法》第113条规定："当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔

偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。经营者对消费者提供商品或者服务有欺诈行为的，依照《中华人民共和国消费者权益保护法》的规定承担损害赔偿责任。”本案中，客运公司不存在欺诈行为，本案应当适用《合同法》而不是《消费者权益保护法》。死亡补偿费具有精神损害赔偿性质，被扶养人生活费是第三者损失，是作为承运人的被告在订立合同时所不能预见的，既不是合同关系中的直接损失，也不是间接损失，故不属于合同违约赔偿损失的范畴。





【律师点评】

本案首先要解决的是客运合同损害赔偿案件能否适用《消费者权益保护法》的问题。《合同法》第113条第2款规定：“经营者对消费者提供商品或者服务有欺诈行为的，依照《消费者权益保护法》的规定承担损害赔偿责任。”应理解为：当事人因客运合同发纠纷，原则上适用《合同法》。只有发生了《合同法》规定的欺诈情形时，才适用消法的规定。即便《合同法》与消法在适用中发生冲突，也应当适用《合同法》。首先，《消费者权益保护法》颁布于1993年，而《合同法》颁布于1999年，根据后法优于前法的原则，首先应当先适用《合同法》。由于客运合同也是一种服务合同，因此可以认为关于客运合同，两部法律都有规定。从新法优于旧法的角度分析，《合同法》具有优先适用的效力。其次，《消费者权益保护法》仅从一般消费的角度对客运合同作了原则性的规定，而《合同法》用专节对客运合同的定义、权利义务、法律责任作了具体规定。因此，就客运合同而言，消法的规定是原则性的，《合同法》的规定是特别的、具体的。从特别法优于普通法的角度，《合同法》也具有优先适用的效力。

关于违约责任的赔偿范围，我国《合同法》第112条规定："当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，在履行义务或采取补救措施后，对方还有其他损失的，应当赔偿损失。"这里的损失既包含财产损失，也包含人身伤害和精神损害，违约的情形多种多样，并不是所有的违约行为均能产生精神损害或者人身伤害的后果。总体上，作为违约责任中，不应当适用精神损害赔偿的规定。但具体情况具体分析。同时《合同法》明确规定"承运人对承运的旅客造成人身伤害的应当承担赔偿责任"。该条文本身就隐含着一个赔偿范围，即人身伤害赔偿范围，《合同法》第112条规定的范围实际上与侵权行为的赔偿责任范围在实体处理上相一致。我们知道，侵犯人身权致使人身受损的结果就是赔偿医疗费、误工费、护理费、精神抚慰金等损失，而且该条文未作例外说明，应该说侵权行为赔偿范围在这里与违约责任所应当承担的赔偿范围发生竟合，故从本案的特殊情况看，可以在违约责任中适用精神损害赔偿。

有人认为，精神损害赔偿与违约责任存在冲突。违约损害赔偿仅限于财产损害赔偿，而且因为违约造成的损失并非都是由违约方赔偿。只有那些违约方在订约时能够合理预见到的损失，才能要求违约方给予赔偿，故而作为精神损害并不是可以合理预见到的，所以不应当由《合同法》来调整。法律规定精神损害赔偿与违约金的宗旨都是一致的，也就是要求行为人要充分地履行义务，包括主要义务和附随义务，同时包括约定义务与法定义务。在合同责任中引入精神损害赔偿仅仅是操作上与观念上的有关问题，在实体上并没有障碍，而且在有些情况下，反而更有利于保护受害人的合法权益。就本案而言，原告无法证明被告存在过错与侵权行为，那么以侵权为由起诉，势必对原告产生不能举证的法律后果，原告就要承担太多的诉讼风险。但原告可以以违约纠纷为由起诉，这样违约责任本身适用严格责任的归责原则，只要原告证明死者的人身伤害是在乘坐被告车辆的过程中造成的，受害人本身没有故意或者重大

过失，那么被告就很容易被置于违约的境地，被告就必须承担违约责任，这样原告的诉讼风险就降到最低限度。同时也免除了原告大量的举证责任。这样原告的合法权益就得到更充分的保护。原告选择合同违约责任起诉，从方便自己合法权益的实现、更快地实现权利出发，在量上比选择侵权诉讼更为有利，这也是当事人追求诉讼经济效益原则的根本体现，也是法律所倡导的。

精神抚慰金在合同利益中究竟属于何种利益？合同利益，普遍认为包括信赖利益、履行利益和维持利益。这就是说，订立合同一方当事人或合同的一方当事人的不当行为，可能给对方造成损害，这种损害同样区分为信赖利益的损害、履行利益的损害和维持利益的损害。我们知道信赖利益的损害就是指合同被确认为无效或者可撤销的情况下，订立合同的一方当事人信赖合同有效，却因合同无效或者可撤销致使自己蒙受的损失。这种损失可以通过恢复原状，即恢复到合同履行前的状态来弥补。履行利益的损害是指合同有效成立以后，由于合同一方当事人不履行合同义务或者履行合同义务不完全所发生的损害。这种损害的赔偿可以通过赔偿至如同合同完全履行的状态一样。维持利益的损害即合同一方当事人违反保护义务，侵害相对人的身体健康或财产所有权等发生损害。对这种损害，通过加害人对受害人的健康或者财产等所受到的损失的赔偿来补足。结合本案，正因为被告未能履行合同附随义务即安全保护义务，而使受害人遭受伤害导致死亡，这种伤害造成的损害正是合同的维持利益的损害，被告应当给予赔偿，精神健康属于合同当事人所享有的维持利益的一种。本案中，受害人乘坐被告的客运车辆发生交通事故，也正是在合同履行中，受害人死亡使其家属精神遭受极大的伤害，其原因是被告未履行合同保护义务。因此，应支持原告在本案违约责任中要求被告给付精神抚慰金的诉讼请求。



50. 客车正常行驶遭遇交通事故，受伤乘客能否获得精神损害赔偿?

【案情】

晁盛国是某企业的销售人员。2005年4月，晁盛国受单位委派，到外地联系业务。因当地与目的地之间有长途客车，晁盛国遂搭乘某客运公司的长途班车。在车辆行驶途中，因前方刘某驾驶的车辆突然并道，客车为避免发生碰撞而紧急制动，正在睡眠中的晁盛国从上铺跌下，腰椎受重创，当即昏迷。司乘人员当即将其送往附近医院抢救，但因腰椎粉碎性骨折，造成终身残疾。经公安机关交通管理部门现场勘察认定：对方车辆违反《道路交通安全法实施条例》“变更车道的机动车不得影响相关车道内行驶的机动车的正常行驶”的规定，造成交通事故，承担全部责任；客车处于正常行驶状态，未违反道路交通安全法律规范，不承担责任。在协商赔偿的过程中，晁盛国与某客运公司双方就医疗费、误工费、护理费、住宿费、交通费、住院伙食补助费等项均无异议，但对残疾赔偿金一项分歧较大，未能达成一致。晁盛国向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 晁盛国提出，《合同法》第302条规定：“承运人应当对运输过程中旅客的伤亡承担损害赔偿责任，但伤亡是旅客自身健康原因造成的或者承运人证明伤亡是旅客故意、重大过失造成的除外。”自己在乘坐某客运公司长途客车的过程中，发生交通事故，导致终身残疾。由于交通事故发生时自己正在睡眠中，从上铺跌落造成腰椎骨折，对于这一损害

结果，自己没有任何过错。某客运公司应当承担赔偿责任。根据最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第 17 条的规定，“受害人遭受人身损害，因就医治疗支出的各项费用以及因误工减少的收入，包括医疗费、误工费、护理费、交通费、住宿费、住院伙食补助费、必要的营养费，赔偿义务人应当予以赔偿。”“受害人因伤致残的，其因增加生活上需要所支出的必要费用以及因丧失劳动能力导致的收入损失，包括残疾赔偿金、残疾辅助器具费、被扶养人生活费，以及因康复护理、继续治疗实际发生的必要的康复费、护理费、后续治疗费，赔偿义务人也应当予以赔偿。”某客运公司应当赔偿包括残疾赔偿金在内的各项费用。



■ 某客运公司提出，依照最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》的规定，精神抚慰金包括以下方式：致人残疾的为残疾赔偿金。那么，反之，残疾赔偿金也就是精神抚慰金。而我国《合同法》第 113 条规定：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿金应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可获得的利益，但不得超过违反一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。”如果违约金中包含精神抚慰金，那么被告在原告乘坐出租车的那一刻，不可能也没有必要预见履行该合同不完全或者不履行合同会造成原告精神损失；从履行合同的角度，即使被告车未与刘某卡车相撞，被告完全履行运输合同，获得的只有几元、几十元的收益，而事故发生后，被告反而要承担几万元甚至几十万元精神抚慰金，显然有违合同正义；合同的订立就是交易的开始，交易的本质就在于等价交换，被告违约反要向原告支付一大笔违约金，原告获得极大的收益，且没有付出代价，不符合等价交换原则；更何况精神损失无法用金钱计算。原告要求精神损害抚慰金于法不符，不同意赔偿。



【律师点评】

在本案中，当事人双方争议的焦点是被告承担的违约责任中应否包括精神损害赔偿责任。有人提出原告应当按照侵权行为法的规定起诉要求被告承担侵权民事赔偿责任，而不能按照《合同法》的规定提起违约之诉。原告因被告的侵权行为受到人身损害，被告应当承担精神损害赔偿责任就没有什么异议了。但这里忽视了一个问题，即侵权行为的构成。侵权行为是指行为人由于过错侵害他人的人身和财产依法应当承担民事责任的行为，以及以法律特别规定应当承担民事责任的行为。其特征包括：（1）侵权行为是侵害的他人人身和财产的行为。侵权行为不论是作为还是不作为，均侵害了他人合法权益，这里必须强调结果，有侵害的结果，才能构成。（2）侵害的对象是物权和人身权等绝对权，即权利主体是特定的，义务主体是不特定的权利，又叫对世权。违约侵害的是合同债权，在债的关系中，不管是债权人还是债务人都是特定的，当事人之间是一种由一方请求另一方为特定行为或不为特定行为的关系。权利人的权利必须由义务人实施一定行为或不实施一定行为的行为才能实现，这种权利通过约定而产生，如果一方违约而使另一方受到损害，受害人只能通过合同请求权向对方要求其承担违约责任。（3）侵权行为是行为人基于过错而实施行为。过错是确定排除法律另有规定以外侵权行为责任的关键。（4）侵权行为的责任是法定责任。这种责任是法律规定的，而不是当事人约定所产生的责任。对照上述特征，我们不难看出侵权行为民事责任构成的重要条件，有两点是必备的：一是有加害行为的存在；一是行为人主观上存在过错。

本案原告的人身权是受到了侵害，也有损害的结果，但被告的行为是否构成侵权呢？笔者认为，确定当事人的侵权责任，不仅考察行为人的行为与损害结果之间的因果关系，而且要考察行为人的主观过错，以

过错为归责原则来确定民事责任范围。过错包括故意和过失，故意是指行为人预见到自己行为的结果，仍希望或者放任结果的发生。对照本案被告无法预见，故不能构成故意。过失是指行为人对自己行为的结果应当预见或能够预见而没有预见，或者虽然预见到却轻信这种结果能够避免。本案造成原告人身损害的原因是刘某的违章驾驶行为，原告在被告车内受伤，故被告无法预见也不可能预见这种结果。或者即使预见到有交通事故发生的可能，那么被告尽到了自己最大努力去避险，但仍未能避免，被告没有过错，而且交通事故鉴定结果表明刘某负全责，应认定被告不存在过失。侵权行为另一个构成要件就是加害行为的存在，“加害”应当是行为人实施违法或者不正当的行为，而且该行为的对象就是受害人。从本案被告的行为来看，被告驾车行为是合法正当的，如驾车不当致原告受伤，那么被告就存在故意或者过失。本案被告努力驾车，安全行驶，形成事故并非被告的责任，而且驾车行为不是侵害行为。故被告既无故意与过失的主观形态，也无侵害行为，所以原告从侵权法的角度很难证明被告侵权。被告依照侵权法的规定就不应当承担民事责任，或者就是有责任，在双方当事人没有过错的情况下，也只是公平责任。因为原告与被告均无过错，被告承担的只能是公平责任。公平责任的结果是原告也要承担相应的经济责任。这样原告的合法权益就很难得到保护，而且从程序角度看，原告无法提供证据证明被告存在过错，被告在驾车过程中即使有违章行为，也无损害原告的故意，原告仅能证明自己没有过错，而原告没有过错也不能推论出被告存在过错，故在过错问题上，原告很难取得证明，甚至无法证明。除非被告自己承认。故很难确定被告侵权。如果确定公平责任，显然对原告不公平，反而从经济责任上便宜了肇事者，这有违法律和道德精神。所以本案原告以旅客运输合同损害赔偿纠纷起诉，符合立法要旨和社会正义。

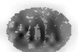
在本案中，原告从乘坐被告的客运车辆那一刻起，双方即形成运输服务合同关系，被告将原告运送到指定地点下车，原告支付车费，双方

虽系口头客运服务合同，按照该合同交易性质，被告有义务将原告安全运送到目的地，《合同法》固然没有明确作出这一规定，但原告一旦坐上被告车，原告的人身安全更多地是交给了被告，因为具体的安全措施只有被告才能实施，只有被告才能避免危险，原告无法通过自己的行为避免出租车与其他车辆相撞的危险，被告几乎掌握着原告的人身安全，如果被告只是为了获得车费而不顾原告的人身安全，这无论在法律上与还是在道德上，都是所不能容忍的。故被告有安全护送原告的义务。这是根据合同的性质派生出来的合同义务，这种义务不是合同的主要义务，应该说这是附随义务，即便是附随义务，被告也应当遵守，所以被告违反合同义务即违约是显然的。

在被告承担的违约责任中应当包括精神损害赔偿责任。精神损害赔偿主要是给予受害人精神抚慰，给予相应的经济补偿，这是精神损害赔偿的填补功能，对加害人给予制裁，体现了精神损害赔偿的惩罚功能，这两项功能与违约金的功能一致。在违约纠纷中，实际损失与违约金相同或者多于违约金时，该违约金具有补偿功能；实际损失少于违约金的，该违约金具有惩罚功能。《合同法》第113条第1款规定：当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。因此，在合同关系中，一方当事人违约，应赔偿对方当事人因此所遭受的全部损失，包括直接损失和间接损失，但不应超过当事人订立合同时所能预见的损失。就以商品作为标的物的合同而言，违约损失的计算要容易一些。对于客运合同而言，乘客在运输途中受到伤害或发生死亡，其直接损失也易于确定。但间接损失的确定存在较大争议。客运合同与以商品作为标的物的合同有很大不同。仅就货运合同与客运合同来说，二者虽同为运输合同，但损失确定的理念、原则有很大区别，甚至是截然不同的，因为人的尊严、人的价值是首要

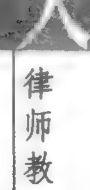
的。因此，对客运合同纠纷的处理不能完全套用以商品作为标的物的合同处理模式。但客运合同的承运人违约，无疑也应当赔偿直接损失和间接损失。因为就客运合同而言，乘客在运输途中出现伤亡事件，是作为承运人所能预见到的正常风险。否则，就不会有乘客必须参加人身意外伤害保险的强制性规定了。人身伤亡所造成的损失主要是当事人及其亲人精神上的巨大痛苦。而人的生命、健康是无价的，痛苦是无形的，人们找不到准确衡量人的价值的标尺，对此种损失难以作定量分析。只能退而求其次，用给予一定经济补偿的办法来补救法律救济的苍白。在人身伤亡之后给予一定的经济补偿，至少在一定程度体现了法律的人文关怀，是对人的价值的尊重，也是对当事人及其近亲属的一种抚慰。人的价值固然不可以金钱计算，但我们很难想像，在一个人伤残或死亡之后不给予赔偿会比给予一定的赔偿会更尊重人的尊严，更能体现人的价值。这一点从《民法通则》中可以找到法律依据。因此，客运合同损害赔偿案件中的赔偿范围应当包括残疾赔偿金。

客运合同损害赔偿案件中的残疾赔偿金，应当按照处理交通事故计算死亡补偿费的标准（当地城市居民平均生活费支出）计算。理由是：即使当事人之间存在客运合同关系，但也不能改变乘客系因道路交通事故而不是普通的人身损害导致伤残的事实。因此按照无规定、参照最相类似规定的民事审判理念，参照道路交通事故的赔偿标准处理应当成为比参照人身损害赔偿的标准更为优先的选择。从另一个角度上讲，法律之所以规定当事人有选择诉因的权利，主要是为了尊重当事人的处分权，便利当事人诉讼。但在具体案件的处理上，应当体现同样情况同样对待的精神。否则，对同样的事件，仅仅因为当事人选择的诉因不同，就在赔偿数额上出现很大的偏差，不利于减少和杜绝当事人挑选法院、规避法律的现象发生，甚至会鼓励当事人的诉讼投机行为。因此，本案残疾赔偿金的标准参照道路交通事故的赔偿标准处理，能与在道路上发生的此类案件相一致，更合理一些。



51. 免费搭车发生事故，能否要求司机赔偿损失？

【案情】



刘春龙的家位于山区，每次回家都要搭乘从平原地区开往山里的班车，路上需要两个小时的时间。由于路途远，山路崎岖，每天往返于山区与平原之间的班车只有几趟。一天，刘春龙正在家里休假，公司打来电话说有一笔重要的生意要谈，需要刘春龙在第二天上午准备出谈判的相关资料，为下午的谈判做好准备。刘春龙无奈，只好在第二天早上起个大早去公司加班。不巧的是，第二天下起了大雨，时间太早又没有班车经过，正在刘春龙着急之时，路上开过来一辆运货物的大货车。刘春龙见车上只有司机一人，便将车拦了下来，请求司机带自己一段。司机郭旭东告诉刘春龙，由于路太难走，又下着大雨，怕出危险，不愿意让其搭便车。但刘春龙一再请求，希望郭旭东能帮自己一个忙。禁不住刘春龙的请求，郭旭东答应让刘春龙搭车，但提前说明，路面实在太难走，如果因为搭乘发生了什么事故，自己不负赔偿责任。急于搭车下山的刘春龙二话没说便答应了郭旭东的要求。货车开到一处山路的拐弯附近，因为路面较窄，且路上积水很深，正巧对面驶过来一辆大货车也要拐弯，为了躲避这辆大货车，郭旭东将车驶上了人行道。因为雨太大看不清路，郭旭东将一名路上走的行人撞倒，又撞上了路上的护栏，货车受损，刘春龙也因此而受伤，住院治疗了几天，花去了医疗费几千元。刘春龙出院后，要求货车司机郭旭东赔偿自己的损失。但郭旭东却表示，自己和刘春龙事前有约定，出了事故自己一概不负责任，而且刘春龙也一口答应，所以自己不同意刘春龙的请求。刘春龙见协商不成，便将司机郭旭东起诉到法院。

【争鸣】

■ 刘春龙提出，自己虽然是免费搭乘郭旭东的货车，但双方仍然形成了客运合同关系，郭旭东负有保证自己安全到达目的地的义务，一旦出现了人身损害，郭旭东应该承担赔偿责任。至于双方当事人之间达成的“一旦发生交通事故，郭旭东不承担任何赔偿责任”的约定，由于违反了法律的强制性规定，因此不产生法律效力。

■ 郭旭东提出，自己所开的是一辆货车，没有载客的义务。正是在刘春龙的再三要求下，自己才答应其搭车的请求，而且刘春龙的搭车是免费的，事先自己与刘春龙已经达成一致意见，因为山路难走、天气等方面的因素，如果发生事故造成损害，自己不承担任何责任。由于双方有约在先，在发生交通事故造成损害的情况下，自己不应该承担赔偿责任。



【律师点评】

本案涉及到的一个关键性问题就是郭旭东与刘春龙达成的这个免责条款的效力问题，如果免责条款具有法律效力，那么对于刘春龙的损伤郭旭东就不用承担任何责任；如果免责条款不具有法律效力，那么郭旭东就应该赔偿刘春龙因搭乘车辆所造成的人身损伤。那么什么是免责条款，它的效力又如何呢？所谓免责条款，是指当事人双方在合同中事先约定的，旨在免除或者限制合同当事人未来责任的条款。免责条款具有以下特点：第一，免责条款是合同的组成部分，是当事人约定的合同条款。免责条款不同于法定的免责条件，因此，任何当事人试图援引免责条款免除自己的责任，必须证明免责条款符合合同成立和生效的要件。第二，免责条款是当事人在订立合同时事先约定的，是在责任发生前约定并生效的，不同于责任发生后当事人就责任的承担所达成的协议。第三，免责条款的目的在于减轻或者免除当事人的责任。对于合法有效的

免责条款，只要出现了免责条款所规定的情况，当事人就可以被免除或者减少民事责任。免责条款从免除当事人责任的范围上可以区分为两类：一类是限制当事人责任的条款，如在买卖合同中规定卖方仅对产品的某些瑕疵负责，或者规定卖方仅对买方因产品质量问题在一定限度内的损失负责等等；另一类是完全免责条款，如在买卖合同中规定卖方对于产品质量问题产生的一切后果不负任何责任。

免责条款应当依法律规定来确定其是否有效。《合同法》规定下列免责条款无效：（1）造成对方人身伤害的；（2）因故意或者重大过失造成对方财产损失的。之所以要规定免责条款无效要件主要是鉴于在上述两种情况下，当事人的行为在本质上违反了法律关于任何人不得侵害他人的财产和人身的一般义务，行为人实施此种行为具有明显的违法性，当事人不能根据双方的协议免除责任。如果允许当事人通过免责条款排除其故意和重大过失造成对方财产损失的责任或者损害对方人身安全的责任，必将给法律秩序造成威胁，有违我国的立法宗旨和社会公德。而且在当今社会实际生活中，合同一方当事人常常利用自己在经济或其他方面的优势地位，强迫另一方当事人接受苛刻条件，免除自己应承担的责任，如果对合同当事人订立免责条款的权限不加以限制，必将损害当事人的合法权益，因此，《合同法》规定免责条款的效力是十分必要的。

在本案中，由于当时天下着大雨，山路又不好走，郭旭东出于安全考虑开始并没有答应刘春龙的搭车请求，刘春龙确有急事在身，经过刘春龙的一番请求，郭旭东才答应其搭乘自己的货车。刘春龙和郭旭东之间虽然没有订立书面合同，但实际上形成客运合同关系。该合同由于是双方真实意思的表示，也没有违反法律法规的相关规定，因此两人之间的运送合同是有效的。在该运送合同中，郭旭东加入了一条，即如果因为搭乘出现了意外，一律由刘春龙负责，刘春龙由于搭车心切就答应了郭旭东的要求。郭旭东与刘春龙之间的这一约定构成了合同的免责条款，但由于该免责条款违反了民法自愿、公平的原则，并且排除了郭旭东应

当承担的基本义务，违反了《合同法》第53条的规定，该免责条款应该认定无效。刘春龙虽然是免费搭车，郭旭东仍应承担将其安全送达目的地的义务。由于发生交通事故造成刘春龙人身损失，违反了合同义务，郭旭东应当承担赔偿责任。同时，由于刘春龙是免费搭车，郭旭东在搭车前已反复提醒其危险性，对于损害的发生刘春龙也有过错，可以适当减轻郭旭东的责任。



52. 野蛮驾驶导致乘客受伤的，应否承担赔偿责任？

【案情】

某市6路公共汽车自火车站开往某饲料厂。田弘志是一位外地游客，他下火车后乘坐6路车前往“某寺”参观。上车后，田弘志当即掏出2元钱买了票，并请乘务员在“某寺”站到时提醒一下他。20分钟后，田弘志问乘务员距离“某寺”站还有多远，乘务员不耐烦地说：“早过去两站了。”田弘志便说：“我刚才让你提醒一下我，为什么不提醒我？”乘务员答道：“不提醒咋啦！你自己不会看站牌。”田弘志接着说：“我要是能看站牌，要是本地人，还问你干什么？太不像话了。”乘务员破口骂道：“咋啦！我不像话。就是不像‘画’，像‘画’就贴墙上了。你能把我咋样？”双方遂发生争执，争执过程中，女乘务员手拿票板来到田弘志面前，乘其不备，用票板猛击田弘志头部。田弘志躲闪不及，头上被重重地击了一下，鲜血直流。这时，车上另外三位乘客实在看不下去了，便纷纷指责女乘务员，要求驾驶员立即停车开门让田弘志下车。但驾驶员不仅不停车反而加大油门，提高车速向终点站驶去。三位乘客站起身，决定在终点站的前一站下车。三位乘客刚刚站起身，驾驶员便说：“你们多管闲事，小心点。”三位乘客和田弘志便齐声说：“我们一起到公交公司举报你们。”话音未落，驾驶员便来了一个急刹车。三位乘客立足未稳，摔倒在地，三人及田弘志均受到不同伤害。四位受辱乘客忍着剧痛，联名向公交公司举报，要求：(1)惩办乘务员和驾驶员；(2)赔偿经济损失5000元。由于双方就赔偿问题不能达成一致意见，田弘志与其他几名受伤乘客向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 田弘志等人提出，根据《合同法》第290条规定，承运人有安全正点运送旅客的义务。本案中，承运人、公交公司不但未负安全注意义务，反而故意野蛮行车造成乘客人身受到伤害。因此，应惩办乘务员和驾驶员，并给予乘客赔偿。

■ 公交公司提出，司乘人员服务态度较差是事实。但是，之所以发生争执与乘客田弘志的指责有直接关系。同时，乘客在行车过程中自行起身，导致刹车摔倒受伤，乘客也有责任，因此，无需赔偿损失，可以考虑对司乘人员进行批评教育和赔礼道歉。




【律师点评】

根据《合同法》第290条的规定，承运人应当在约定期间或者合理期间内将旅客、货物安全运输到约定地点。也即规定了承运人有安全正点的运输义务。同时“安全、正点、舒适、快捷”也是公交工作长期坚持的八字方针，是提高企业经济效益的有效保证，更是进行竞争的有效手段。公交是一个国家、地区、城市的窗口，是宣传精神文明的基地，是为消费者提供服务的一个重要领域，服务质量的好坏关系到公交的声誉，也关系到乘客的身心健康和生命安全，我们要提倡优质服务，杜绝和减少劣质服务，确实保障乘客的合法权益。

目前，在公交领域，服务不合格的主要表现有：(1)不正点发车；(2)甩站；(3)拒载；(4)野蛮行车；(5)用污秽语言中伤乘客；(6)出手动脚伤害乘客。这些服务质量差、服务不合格的行为极易造成对乘客的损害，轻者会使乘客的身心受到损害，重者会使乘客的人身健康、生命安全受到损害。这一问题在全国的公交领域均普遍存在，已引起了社会各界人士的极大关注。公交公司、乘务员、驾驶员实施了不合格的服务行为，

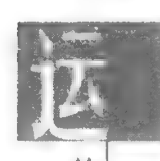
给乘客造成损害后，往往利用其优势地位拒绝对乘客进行赔偿，有时甚至还会反咬一口使乘客有口难辩，有苦难言。同时，由于这一不合格的服务行为往往是在瞬间发生的，稍纵即逝，所以，证据往往不易获取，不易保存，给乘客依法获得赔偿带来了极大的困难。但乘客往往是多数的，他们都是被服务的对象，在同一时间、同一地点对公交公司、乘务员、驾驶员所实施的侵害消费者权益的行为有目共睹。因此，解决这样的纠纷，处理这样的事故，其他乘客的证人证言是非常重要的，行为人和受害人都应该注意搜集和利用这一证据，以此来维护自己的合法权益。

本案是一起严重地用污言秽语侮辱乘客、野蛮行车伤害乘客的典型案例。在本案例中，驾驶员和乘务员的服务态度、服务质量是严重违反法律、法规规定的，而且得寸进尺，一而再、再而三地侵犯乘客的合法权益，性质恶劣，后果严重。主要表现在：(1) 田弘志在购票时，请求乘务员在到“某寺”站时提醒一下他，但乘务员却未予以提醒，不论什么原因造成未予以提醒，均是乘务员的失职行为。(2) 对于这一失职行为，田弘志的质询是合情合理的。乘务员应对田弘志的质询有合理的答复，并妥善解决，但乘务员却有错不改，反而变本加厉，迁怒田弘志，并用污言秽语侮辱、中伤田弘志，是错上加错。(3) 乘务员仍嫌用语还不够，又变本加厉，用票板打击田弘志，致田弘志头部受伤，已侵犯了乘客的人身权利。(4) 在田弘志受到侮辱和伤害后，另三位乘客看不惯司机、乘务人员的违法行为，便联合起来予以谴责，并要求停止违法行为。这一互相帮助、挺身而出、见义勇为的行为和举动应予以提倡和保护。乘客的不满和联合本应促使乘务员和驾驶员认识到自己的错误，知错就改，向乘客赔礼道歉，但是，驾驶员却背道而驰，野蛮行车，采取急刹车的恶劣手段致伤田弘志和其他三位乘客，既违反了运输合同的有关规定，又给乘客的人身造成伤害，应承担相应的赔偿责任。

53. 格式合同规定货物丢失按运价的三倍赔付，是否有效？

【案情】

2003年9月，李步云从伊荣伟经营的电讯经营部购买了一部手机，但该手机在10月便发生故障，于是李步云便将手机交回伊荣伟处进行修理。伊荣伟将手机用盒子包装好交给和作翔经营的某汽车货运配载站从甲地送到乙地经营部修理，伊荣伟支付了运费10元。和作翔交给伊荣伟货物签收单第3联，在该货物签收单上，注明了“货物按实际价值保险，如遇意外本站按保价赔偿（未投保发生意外，本站按运价的三倍赔付）”的格式条款。和作翔在运输过程中将伊荣伟托运的手机遗失，伊荣伟赔偿李步云一部新手机。伊荣伟便向和作翔要求赔偿，但和作翔拒绝了伊荣伟的要求，双方为此发生纠纷。伊荣伟遂起诉至人民法院，请求法院判令和作翔对自己的损失承担赔偿责任。



【争鸣】

■ 伊荣伟提出，承运人和作翔以格式条款形式将保价与赔偿损失混为一谈，试图免除对运输过程中货物的毁损、灭失承担损害赔偿责任，因此，该格式条款是无效条款。和作翔对于未投保发生意外，只能按运价的三倍赔付，这一条款实际上是为减轻自己的赔偿责任而加重托运人的负担，因为运价10元的三倍即30元与手机的价值相差甚远，所以，该条款违反了公平原则，损害了托运人的合法权利，格式条款不发生法律效力。和作翔应当按实际损失对自己作出赔偿。

■ 和作翔提出，自己与伊荣伟之间的约定合法有效，未违反法律和

行政法规，也不属于《合同法》第53条规定的免责条款。因为该条款并非属于免除承运人的丢货赔偿责任，而是指托运物品必须投保的意思。如未投保，货物丢失，承运人仍应承担运价三倍负担赔偿责任，因此，这种约定并未免除承运人的责任。另一方面，这种约定有利于货物丢失时，减少双方不必要的争议和预防发生不守信用的“失廉索贵”现象。所以，货物签收单的格式条款应当认定为有效。



【律师点评】

格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。《合同法》第39条规定：“采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。”其中提请注意义务是格式合同使用人的一项非常重要的义务。使用人在提请注意时必须达到相当的程度以至于足以使相对人注意到免责条款。另外，在提请同时还要对该条款予以说明。第41条规定：“对格式条款的理解发生争议的，应当按通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款不一致的，应当采用非格式条款。”格式条款总是由一方当事人在未与对方协商的情况下事先拟定，重复地使用。由于格式合同具备可重复使用之特点，在经济往来中被大量使用，这便使得格式合同存在许多弊端。提供商品或服务的一方在拟定格式合同时，往往会利用自己的优势地位，将一些有利自己而不利于对方或普通消费者的条款订入合同，提供这样的合同条款让自己享有较多的权利，承担较少的义务和责任；使对方或普通消费者享有较少的权利，承担较多的义务和责任。因此《合同法》明确要求格



式条款应遵循公平原则来确定当事人之间的权利和义务。

在本案中，和作翔出具的货物签收单中规定"货物必须按实际价值保险，如遇意外损失本站按保价赔偿"，该约定是否有效呢？《合同法》第311条规定："承运人对运输过程中货物的毁损、灭失承担损害赔偿责任，但承运人证明货物的毁损、灭失是因不可抗力、货物本身的自然性质或者合理损耗以及托运人、收货人的过错造成的，不承担损害赔偿责任。"从该条规定可以看出，承运人要对运输过程中货物的毁损、灭失承担风险责任。承运人的免责事由只有因不可抗力、货物本身的自然性质或者合理损耗以及托运人、收货人的过错造成的，承运人才不承担损害赔偿责任。而对托运人或货物所有人来讲，当货物在运输过程中因非免责事由而发生毁损、灭失，托运人或货物所有人便可向承运人主张赔偿。在货物运输合同中，承运人承担运输过程中货物的毁损、灭失风险责任是法定义务，《合同法》未规定可以由合同当事人另行约定，将风险责任转移给托运人或货物所有人承担。只有这样，承运人才能加强保证货物安全的责任心。货物运输关系与保险合同关系是两个不同的法律关系。如果托运人同时给货物进行了投保，托运人与保险人形成保险合同关系，若货物在运输过程中发生了保险合同约定的意外损失时，投保人依保险合同可向保险人主张理赔，如果保险金额不足以赔偿货物的实际损失，托运人对不足的部分仍有权向承运人主张权利。在本案中，承运人和作翔以格式条款形式将保价与赔偿损失混为一谈，试图免除对运输过程中货物的毁损、灭失承担损害赔偿责任，因此，货物签收单中规定"货物必须按实际价值保险，如遇意外损失本站按保价赔偿"的条款为无效条款。

其次，对货物签收单"未投保发生意外，本站按运价的三倍赔付"的约定是否有效？《合同法》第312条规定："货物的毁损、灭失的赔偿额，当事人有约定的，按照其约定；没有约定或者约定不明确，依照本法第61条的规定仍不能确定的，按照交付或者应当交付时货物到达

地的市场价格计算。法律、行政法规对赔偿额的计算方法和赔偿限额另有规定的，依照其规定。”在货运合同中，当事人可以对货物的毁损、灭失的赔偿额进行约定，但从该条款可以看出，承运人对于“未投保发生意外，只能按运价的三倍赔付”的条款是为减轻自己的赔偿责任而加重托运人的负担，因为运价10元的三倍即30元与手机的价值相差甚远，所以，该条款违反了公平原则，损害了托运人的合法权利。另外，在货物运输合同中，承运人和作翔能不能要求托运人伊荣伟强制保险？在国内的货物运输合同，托运人对货物进行保险是任意性的，因为托运人可基于两点考虑：一是如前面所述，风险责任本来就是由承运人负担，交纳保费只能增加成本，因此不愿意投保。二是，货物运输合同常常与货物买卖合同同时发生，根据《合同法》第145条规定：“当事人没有约定交付地点或者约定不明确，依照本法第141条第2款第1项的规定标的物需要运输的，出卖人将标的物交付给第一承运人后，标的物毁损、灭失的风险由买受人承担。”因此，托运人(出卖人)只要办理了货物托运手续后，将货物交付给承运人时，便完成了买卖关系。是否要投保，义务不在于托运人。对于国内的货物运输合同，法律未明确也不允许要求托运人强制保险，因此，在本案中，和作翔以格式条款形式要求托运人伊荣伟投保，违反法律、行政法规的强制性规定。

综上所述，根据《合同法》第40条规定：“格式条款具有本法第52条和第53条规定情形的，或者提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效。”《消费者权益保护法》第24条规定：“经营者不得以格式合同、通知、声明、店堂告示等方式作出对消费者不公平、不合理的规定，或者减轻、免除其损害消费者合法权益应当承担的民事责任。格式合同、通知、声明、店堂告示等含有前款所列内容的，其内容无效。”应当认定货物签收单上注明“货物按实际价值保险，如遇意外本站按保价赔偿(未投保发生意外，本站按运价的三倍赔付)”的格式条款是无效的。和作翔应当对伊荣伟的损失予以赔偿。

54. 旅途中遭遇抢劫的，能否要求承运人赔偿？

【案情】

2003年5月，张某乘坐某客运公司的客车出行。途中，遭遇犯罪分子抢劫，张某被抢去现金和其他财物价值6000余元。在抢劫过程中，客车途经高速公路收费站，但司机和乘务员未能采取报警和其他避险措施，致使犯罪分子成功脱逃。张某认为因客运公司的过错，导致其遭受重大经济损失，要求客运公司承担赔偿责任。客运公司则认为，张某的损失是犯罪分子的抢劫行为造成的，抢劫是其无法预知的事件，客运公司对张某的财产受损没有过错，不应承担任何责任。经多次协商，双方不能达成一致意见，张某向当地人民法院提起诉讼。



【争鸣】

■ 张某提出，承运人与旅客之间形成旅客运输合同关系，按照旅客运输合同的法律原理，承运人有将旅客安全运输到目的地的义务，也有救助遇险旅客的义务；同时，旅客属于接受运输服务的消费者，还应当受到《消费者权益保护法》的保护，根据该法第7条的规定，消费者有权获得接受服务时的安全保障。旅客车上被劫，其未能获得接受服务时的安全保障，承运人未尽到“安全运输”的义务，构成违约，其理当对旅客所遭受的损失承担全部责任，而不问损害是否为第三人的故意侵害行为造成，承运人在赔偿之后，可以向抢劫者追偿。

■ 客运公司提出，承运人与旅客间虽然成立旅客运输合同关系，据此承运人有合同上义务保证旅客的人身、财产安全，但歹徒上车抢劫是承运人无法预知、难以防止的意外事件，承运人对旅客财产损失没有任

何过错，其不应承担赔偿损失的责任。而且，要求承运人对被抢旅客的损失承担赔偿责任，会使旅客认为其损失反正有保障而消极面对车上的抢劫者，不利于鼓励人民群众积极同犯罪分子做斗争，不利于社会正气的弘扬，因此，承运人不应承担赔偿责任，受损旅客只能向抢劫者主张民事侵权赔偿。



【律师点评】

按《消费者权益保护法》的规定，承运人有义务尽一切可能保证旅客在运输中的安全。同时，承运人与旅客之间成立旅客运输合同关系，承运人未尽到安全运输的义务，一旦旅客向其主张合同上权利，承运人应当承担违约赔偿责任。承运人承担责任后可以向直接责任人追偿，自身的权益丝毫无损，而受害旅客的合法权益却可以得到最为完善的保护。

辩方意见认为承运人对歹徒上车抢劫无法预知、难以防止，对旅客所受财产损害没有过错，不应承担赔偿责任的看法是错误的。对承运人而言，应当对车上可能发生的诸种情形事先预知，并采取积极的防范和应对措施，以确保旅客的人身和财产安全。诚然，在有些情况下，即使采取了适当的防范和应对措施，也不可避免损害的发生，但承运人的安全保障义务是不能免除的。在本案中，在犯罪分子实施抢劫过程中，客车途经高速公路收费站，司机和乘务员完全可以及早报警或采取其他一些避险措施，但其没有，因而客运公司对张某和其他旅客的人身和财产安全未尽到保障义务。而认为承运人无需承担责任，不利于鼓励人民群众同犯罪分子做斗争，不利于弘扬社会正气的观点，丝毫没有考虑到作为消费者的旅客在接受运输服务时享有当然地获得安全保障的权利，而无需承担过多的义务，作为服务方的承运人在提供服务时保障旅客的安全是其应尽义务。而且，如果承运人对歹徒上车抢劫使旅客财产受损，一概不负责任，则承运人可以对抢劫行为视而不见，事不关己，高高挂

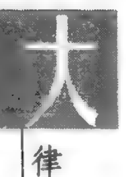
起，将产生更为消极的负面效果。

关于因第三人故意侵权导致承运人违约，承运人如何承担责任的问题。承运人对旅客在运输过程中所受损害责任的承担，主要规定在《合同法》第 301 条、第 302 条、第 303 条。第 301 条规定了承运人的救助包括救助遇险旅客的义务。第 302 条规定对旅客在运输过程中发生的人身伤亡，除“伤亡是旅客自身健康原因造成的或者承运人证明伤亡是旅客故意、重大过失造成的”，承运人应承担损害赔偿责任。第 303 条规定对旅客运输过程中自带物品的毁损、灭失，“承运人有过错的，应当承担损害赔偿责任”。很显然，根据以上规定，对旅客在运输过程中的人身遇险，承运人承担的是无过错责任；而对旅客自带财产遇险，承运人承担的是过错责任。在本案中，如果旅客的人身受到第三人侵害，由于不存在“旅客自身健康原因”以及“旅客故意、重大过失”等免责事由，承运人应当向受到侵害的旅客承担赔偿责任，而不问承运人是否有过错。而如果是旅客的自带财产受到第三人损害，只有在承运人有过错时，承运人才承担赔偿责任。而事实上在有人抢劫的场合，是很难认定承运人有过错的。



如此，旅客向承运人主张财产赔偿一般得不到支持，而只能向实施抢劫者主张一般侵权赔偿，这对于与承运人形成运输合同关系的旅客来说，其基于合同所享有的权利无从实现，无疑是不公平的。《合同法》第 303 条规定的“旅客自带物品毁损、灭失”，不应当包括第三人对旅客实施侵权造成旅客自带物品毁损、灭失的情形。在第三人对旅客实施侵权的情形下，无论是旅客人身损害还是财产损害都存在由第三人承担终局责任的问题，即承运人承担了责任之后，有权向有责任的第三人追偿，承运人的利益丝毫无损。而从最大限度保护旅客的合法权益及为其提供最为完善的服务出发，即使在旅客自带财产被第三人故意侵害的场合，如果旅客依据运输合同要求承运人赔偿，承运人亦当承担起赔偿全部损失的责任，而不应追究承运人是否有过错。《合同法》第 303 条的规定

应排除第三人故意侵权造成合同一方违约的情况。所以，本案应当适用《合同法》第 121 条之规定，即“当事人一方因第三人的原因造成违约的，应当向对方承担违约责任。当事人一方和第三人之间的纠纷，依照法律规定或者按照约定解决”。在本案中，客运公司应当赔偿张某的全部财产损失，然后向实施抢劫者追偿。



55. 无票乘客旅途中受到损害的，能否要求赔偿?

【案情】

某地居民何志鹏在节日期间外出旅游，由于节假日车票紧张，何志鹏未能买到票。最后，几经周折，何志鹏终于登上了一班开往目的地的豪华汽车。上车后，司机始终未要求何志鹏买票，何志鹏也未主动拿钱买票。当汽车行驶到离目的地只有3公里时，汽车与高速公路的路牌相撞，致使包括何志鹏在内的12名乘客受了不同程度的伤害。后经交通主管部门查明：此起交通事故系司机疲劳驾车所致。于是，运输公司对在该起事故中受伤的其余11位乘客作了相应的赔偿。但对于何志鹏的赔偿请求，运输公司以何志鹏无标明合同生效的车票为由，拒绝赔偿。而何志鹏则认为：司机允许何志鹏上车这一行为即表明客运合同的生效，根据“法律保护有效合同”这一原则，运输公司应对合同存续期间发生的旅客伤亡承担无过错责任。由于双方无法协商一致，何志鹏向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 何志鹏提出，根据《合同法》第293条的规定，客运合同自承运人交付客票时成立，但当事人另有约定或者另有交易习惯的除外。在本案中，虽然自己未持客票乘车，但根据交易习惯，旅客等车即为要约，承运人准其上车即为承诺。所以，自己与运输公司之间的权利义务关系受客运合同的约束，且承运人准予自己上车的行为与一般“客运合同”履行中的“检票行为”具有一样的法律效果，即本案中的合同为生效合同，应受法律的保护。根据《合同法》第302条所确立的“承运人无

过错责任原则”，运输公司应对其雇员的过错所造成的旅客伤亡负赔偿责任。

■ 运输公司提出，《合同法》第293条仅是对客运合同成立时间的规定，而客运合同生效时间，一般是在检票之后。本案中的何志鹏上车后并未主动购票，只能说明客运合同成立而未生效。根据法律只保护生效合同这一原则，所以，《合同法》第302条所确立的“承运人无过错责任原则”只适用于生效合同，运输公司拒绝何志鹏的求偿要求是正当的。



【律师点评】

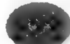
客运合同成立时间在《合同法》第293条已明确规定，除当事人另有约定或另有交易习惯外，客运合同自承运人向旅客交付客票时成立。因此，在一般情况下，旅客提出购票要求为要约，承运人交付客票即为承诺，客运合同自此时成立。但在实际生活中，由于实际情况多变，客运合同成立的时间并非千篇一律。比如：在采用取票制预订场合，预订行为为要约邀请，旅客取票为要约，承运人交付客票为承诺，合同自交付客票时成立；在采用送票制预订场合，旅客预订客票为要约邀请，承运人送票为要约，旅客签收为承诺，合同自签收时成立。对于“先上车后购票”的场合，旅客登车为要约，承运人准予上车为承诺，合同自旅客登车时成立。以上罗列的合同成立时间，可以说是长期以来在客运合同中所形成的交易习惯。根据《合同法》第293条的规定，这些交易习惯都可作为认定合同成立的依据。本案所涉及的客运合同恰恰是属于“先上车后购票”的情况，何志鹏的上车行为即为要约，承运人准予其上车即构成有效承诺，本客运合同自此成立。

《合同法》第44条规定，依法成立的合同，自成立时生效。但法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续的，依照其规定办理。在

这里，涉及到合同的审批问题，对于特定的合同，有关机关的审批是当事人的民事行为成立的要件，未经审批的合同因缺少要件而为无效合同，不受法律保护。《合同法》之所以对合同成立和合同生效加以区分，这是基于两者在目的、效力、作用等方面的诸多不同：(1)合同成立是说明当事人就某一事项达成意思一致，并自愿受其约束；合同生效是指国家承认合同所确立的当事人之间的权利义务关系，合同具有法律约束力。(2)合同成立后，当事人不得随意撤回其要约或承诺，否则将依据“诚实信用原则”，承担“缔约过失责任”，它是一种法定责任，具体表现为赔偿损失；合同生效后，当事人必须按照合同的约定正确、全面地履行约定，否则将承担违约责任，表现为赔偿损失、支付违约金等。(3)合同成立制度保护了当事人意思自治，合同生效制度则是用法律保证合同的实现。

就客运合同来说，一般是以承运人向旅客交付客票时间为合同成立时间，而旅客登车检票作为合同生效时间。造成客运合同成立时间与生效时间不同的原因主要在于客运合同的特殊性：客运合同是以特定的承运人运送不特定的旅客到指定地点，并取得相应报酬为内容的双务合同。检票前，旅客的不特定性决定了客票的性质为无记名的有价证券，而无记名客票的流通属性又使得客票的自由转让成为可能。所以，照顾到客运合同的特性，法律将客运合同的成立时间与生效时间分别加以规定，保证了旅客在检票前合法地、自由地转让其所持车票。《合同法》第295条关于旅客退票与变更之规定所赋予的旅客在检票前的变更与解除合同之权利，就是基于客运合同成立时间与生效时间的不同，而在这一段时间差内给予旅客的自由变更、解除合同的权利。

辩方意见认为，本案中的客运合同仅成立而未生效，其理由是何志鹏在上车后一直未向司机购票，也就是没有证明客运合同存在的客票，基于客票是旅客运输合同的唯一凭证，所以，合同因缺少形式要件而未生效。这种观点是混淆了“无票乘车”与“先上车后购票”两种情况。



“无票乘车”是指旅客在未经承运人同意的情况下无票乘车，他与承运人之间就客运合同未达成意思一致，因而就没有合同存在，更谈不上合同的生效。对于这种情形，根据《合同法》第294条的规定，旅客应补缴客票，并且承运人可以按照规定向旅客加收票款，若旅客拒不交付票款，承运人可拒绝运输。而对于“先上车后购票”的情形，旅客是得到承运人的同意上车的，他与承运人之间已达成意思一致，上车补票只是将这种合意变为书面形式而已。在这种情况下，旅客上车就使得合同双方当事人特定化，承运人开始行程就表明履约的开始。此时，若还认定合同只是成立而未生效，那就意味着旅客、承运人还可以随意变更或解除合同，这对双方当事人都是不利的。再来看检票行为的法律性质，在检票前之所以客票还可以随意转让，原因就在于客运合同中的旅客一方还未特定化。检票后，承运人与旅客都特定化了，双方当事人之间形成约定之债，并受法律的约束，违反合同的任何人应承担违约责任。所以，检票是代表了客运合同双方当事人的特定化与履行行为的开始。由此，将“先上车后购票”这种情况下的合同生效时间等同于合同成立时间并不与“检票时间代表合同生效时间”相悖。

在本案中，何志鹏上车后司机未要求其补票，何志鹏本人也未主动补票，但不能由此认定其是无票乘车。他和承运人之间已经达成了客运合同的合意，客运合同成立并生效。本案中的客票只是客运合同的书面化形式而非法律行为构成要件，它的有无并不影响当事人之间法律行为的有效成立。而何志鹏没有购买客票也不影响其依据《合同法》第302条的规定要求获得赔偿。所以，本案中的客运合同是成立并且生效的，对于何志鹏的赔偿请求，应予支持。

56. 乘人之危高价收取车费的，应否返还？

【案情】

2004年春节，在外地工作的高岩大年三十早晨才乘火车风尘仆仆地往家赶。下火车时已近黄昏，苦等了半个小时也没等到回家的长途汽车，一打听才知道，本地的长途汽车属个体经营，三十下午就已经停运了。无奈，高岩只能乘出租车回家。但由于人们都回家过年，路上的出租车也是少而又少。好不容易等到了一辆，司机一听说路程有四十公里，立即表示可以送，但高岩必须出四百块钱车费，这比平时的车费高出了十余倍。高岩虽然很不情愿，但由于天色已晚，自己又急着回家，就暂时答应了。到家后，高岩记住了出租车的车牌号。春节过后，高岩到当地法院起诉该出租车司机，要求返还多收的车费。




【争鸣】

■ 高岩提出，自己是在着急回家过年，长途汽车停运、路上可以搭乘的出租车又少的情况下才答应支付高额乘车费的，如果不是因为情况特殊，自己不可能答应支付比平时高出十余倍的车费。而出租车司机也正是明知这种情况，才趁机提高车费，其行为已经构成了乘人之危。根据《合同法》的规定，乘人之危订立的合同是可撤销、可变更的合同。因此，请求返还多收的车费。

■ 出租车司机提出，高岩与自己实际上已经形成了客务运输合同。因时间特殊，自己提出比平时高的车费合乎情理，高岩也明确表示同意，支付这高额车费是合同双方协商一致的结果，不存在乘人之危的问题。

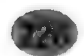
因为出租车并非只有这一辆，高岩如果认为要价高，完全可以搭乘其他的出租车。因此，双方达成的客务运输合同是合法有效的。高岩要求返还多收的车费没有法律依据。



【律师点评】

所谓乘人之危订立的合同，是指行为人利用他人的危难处境或者紧迫需要，强迫他人接受某种明显不公平的条件而订立合同。一般来说，构成乘人之危必须具备以下几个条件：第一，必须要有对方当事人处于危难或急迫的客观事实存在。所谓危难，是指危险和困难，不仅包括经济上的窘迫，也包括生命、健康、名誉等的危难。不过，危难并非因行为人的不法行为造成，而是由于受害人自己的客观原因造成的；所谓急迫，是指因情况紧急，迫切需要对方提供某种财务、劳务、服务、金钱等。急迫主要包括经济上、生活上各种急迫的需要。第二，一方当事人乘对方处于危难或急迫状态而提出过高的苛刻条件。行为人主观上具有乘人之危的故意，而其乘人之危提出苛刻条件，是为了获取不正当的利益。第三，受害人出于危难和急迫而接受不法行为人所提出的苛刻条件，作出了不真实的意思表示。在乘人之危的情况下，受害人明知对方在利用自己的危难或急迫而获取利益，但陷于危难或出于急迫需要而实施了民事行为，该民事行为的实施从本质上讲是违背了受害人的真实意思的。第四，不法行为人所取得的利益超出了法律允许的限度。即不法行为人通过该合同的订立取得了在正常情况下不可能取得的重大利益，并且明显违背了公平原则，超出了法律所允许的限度。第五，危难与对方订立合同或实施行为有因果关系。

在本案中，高岩急于赶回家过年，而长途汽车停运、路上出租车非常少，可以说高岩正处于急迫状况这一客观事实是存在的。当时，该出租车的司机对于高岩的这种急迫情况是明知的，主观上存在乘人之危的



故意。出租车司机借机将乘车费提高了十余倍，目的就是为了牟取不正当利益。而乘车人高岩虽然明知出租车司机在利用自己的急迫情况提高车费，而且也不愿意负担如此高额的费用，但由于自己必须尽快赶回家，使其违背自己的真实意愿接受司机提出的要求。高岩急于回家但又无车可坐的事实同出租车司机提高车费的行为之间是存在因果关系的，因此，该行为构成乘人之危。根据《合同法》第54条第3款的规定，“一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销”，高岩向法院起诉，维护自己的合法权益是正确的。高岩要求返还多收车费的请求应当予以支持。



保管合同



57. 免费停车，是否成立保管合同？

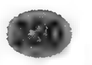
【案情】

2005年十一期间，某企业职工武培森外出旅游，入住某宾馆，并在住宿的当天将一辆春兰牌摩托车托付宾馆的值班保安员保管。保安员答应为武培森保管摩托车，并将摩托车停放在该宾馆的停车场。次日早晨，武培森去停车场取车时发现摩托车失窃，武培森遂要求该宾馆进行赔偿。而宾馆认为其没有保管摩托车的义务，只是出于为旅客提供方便，才为武培森无偿保管。摩托车丢失的责任不在宾馆，况且宾馆并未就保管摩托车收取任何费用，不应由宾馆承担责任。武培森于是向法院提起诉讼，要求宾馆赔偿摩托车丢失的损失。

【争鸣】

■ 武培森提出，自己在住宿期间将车辆交宾馆工作人员保管，由此与宾馆之间形成了保管合同关系。宾馆属商业经营场所，对旅客寄存的物品，即使是无偿的，也应尽善良管理人的注意。被保管物有灭失或毁损的，只要宾馆存在故意或重大过失就要承担赔偿责任。宾馆因重大过失致使摩托车被盗，应该承担赔偿责任。

■ 某宾馆提出，宾馆没有保管摩托车的义务，双方形成的是场地使用合同关系，而且是无偿的。无偿合同的义务人仅对因自身故意而引起的损害负赔偿责任。因此，宾馆对摩托车的丢失不负任何责任。





【律师点评】

因免费停放在宾馆、高档饭店或浴室等场所的车辆被盗而引发的纠纷近年来时有发生，解决这类纠纷的首要问题是明确此类免费停车的法律性质。经营者为方便顾客而提供停车场所，顾客将车辆停放在经营者泊位，便建立了一种权利义务关系，那么此种关系是车辆保管关系还是场地使用关系呢？正确确定其性质，对纠纷的处理具有重要的意义。倘若这一关系被确认为保管关系，那么车辆停放在停车场遭窃，提供场所的主人须承担赔偿责任；倘若被确认为场地使用关系，经营者对停放在停车场内的车辆无保管之义务，车辆被窃后经营者无赔偿责任。现行法律对上述关系的定性无明文规定，但一般认为，宾馆、旅社、饮食店等场所因往来顾客旅客众多，人员复杂，出入频繁，旅客、顾客携带的物品不易保管，不安全因素较大，而从事宾馆、旅社业、餐饮业的场主通过经营活动可获较大利润，一般法律均要求场主对旅客和顾客的人身、财产安全负责。对旅客、顾客随身携带物品的毁损、灭失负赔偿之责。



保管合同，又称寄托合同、寄存合同，它是指双方当事人约定一方当事人保管另一方当事人交付的物品，并返还该物的合同，其中保管物品的一方为保管人或称受寄托人，其所保管的物品为保管物，交付物品保管的一方为寄托人或寄存人。《合同法》对保管合同加以明确规定，使保管合同成为独立的有名合同。它具有下列特征：第一，保管合同为实践合同。保管合同的成立，不仅须有当事人双方的意思表示一致，而且须有寄托人将保管物交付给保管人的行为。根据《合同法》第 367 条规定，我国认为保管合同原则上是实践合同，即除非当事人另有约定，否则保管合同以保管物交付为其成立条件。在社会生活中，以保管物交付才使保管合同成立的情况占绝大多数。如常见的寄存处，都是以保管物的交付作为保管合同成立条件的。在保管物交付前，寄存人改变主意

不交付，或保管人改变主意不接受保管物，除非当事人事前订有特别约定，否则当事人不能强制对方履行或请求法院追究其责任。第二，保管合同原则上为无偿合同、非要式合同。我国《合同法》第366条规定，保管合同既可以是有偿的，也可以是无偿的，是否有偿，依当事人约定；当事人没有约定或约定不明，也无法达成协议的，依合同意旨或惯例也无法确定的，保管合同是无偿的。保管合同只要有保管物的实际交付就告成立，不要求当事人必须采取某种特定的形式。当事人有权选择合同形式，如口头形式、书面形式、公证形式等。在现实生活中，大量的保管合同也以格式合同的形式出现。第三，保管合同的目的是保管物品。保管合同的直接目的是由保管人保管物品，而不是使保管人获得保管物的使用权或所有权。因此保管合同的标的是保管人的保管行为。保管人应将保管物置于自己的保管范围之内，维持其原状。保管人不能对保管物改变或加以利用，也不能许可第三人改变或加以利用，当事人事先约定可以利用的不受此限。

保管合同中，寄存人的义务包括以下几项：第一，支付保管费和偿还必要费用的义务。保管合同为有偿时，寄存人应当按照约定向保管人支付保管费，该保管费为保管人为保管行为的报酬。第二，告知义务。寄存人交付的保管物有瑕疵或者按照保管物的性质需要采取特殊保管措施的，寄存人应当将有关情况告知保管人，由于寄存人未告知致使保管物受损失的，保管人不承担损害赔偿责任。由于保管物本身的性质或者瑕疵使保管人受到损害的，寄存人应当承担赔偿责任。其中所谓保管物本身的性质，是指保管物为易燃、易爆、有毒、有放射性等危险物品或易腐物品的情形。第三，声明义务。当寄存人寄存的物品为货币、有价证券或者其他贵重物品时，应向寄存人履行声明义务，并经由保管人验收或封存。寄存人未尽声明义务的，保管人仅须按照一般物品的价值予以赔偿。

保管人的义务主要包括以下内容：第一，给付保管凭证的义务。根

据《合同法》第368条的规定："寄存人向保管人交付保管物的，保管人应当给付保管凭证，但另有交易习惯的除外。"可见，除非另有交易习惯，寄存人向保管人交付保管物的，保管人应当给付保管凭证。保管凭证的给付并非保管合同的成立要件，也非保管合同的书面形式，仅是证明保管合同关系存在的凭证。第二，对保管标的物应尽妥善保管义务。妥善保管是指保管人在进行保管时，应在其条件许可范围内尽注意义务。具体而言，其注意程度依合同的有偿或无偿而有所差别。对于无偿保管合同，保管人应尽保管自己所有物同样的注意；而对于有偿保管合同，保管人应尽善良管理人的注意，因为在这类商事营业场所里，营业所得利润已包含了替客人保存物品，应由客人支付的费用，因此，保管实际上并非是无偿的。但顾客对货币、有价证券及其他贵重物品在寄存时应予以声明而未声明的，保管人对该物品的毁损、灭失，可按一般物品予以赔偿(《合同法》第375条)。但保管人有故意或重大过失的除外。第三，除另有约定外，保管人不得使用或者许可第三人使用保管物(《合同法》第372条)。如果保管人未经寄存人同意、也非保管物的性质所必要而擅自使用保管物或者允许第三人使用保管物的，无论保管人主观上有无过错，均应向寄存人支付相应的报酬，以资补偿。报酬的数额可以比照租金标准计算，保管物为金钱的，保管人应至使用之日起支付利息。此外，除另有约定或保管人因患病等特殊事由不能亲自履行保管行为外，保管人必须亲自为保管行为，不得将该义务转委托他人。保管人违反此项规定，将保管物转交第三人保管，对保管物造成损失的，应当承担损害赔偿责任。但保管人可以请辅助人保管，辅助人的行为等同于保管人行为，辅助人的故意或过失引起保管物的毁损、灭失，应由保管人负责。最后，保管的场所和方法是保管行为的一个重要内容，如当事人没有约定，则保管人应以相当的注意程度，根据保管物的性质、合同旨意和诚实信用原则，选择适当的场所和方法。第四，保管人负有返还保管物的义务。在保管合同期限届满或终止时，保管人应及时返还保管物。合同

没有规定返还期限的，保管人可以随时返还，寄存人也可以随时要求返还。如果保管合同规定有返还期限的，则保管人非因不得已的事由不得要求提前返还。但寄存人可以在期限届满前随时要求返还；若因此而给保管人造成损失，寄存人应当给予补偿(《合同法》第377条)。需要注意的是保管人返还的物品应为原物，原物生有孳息的，保管人还应返还保管期间的原物孳息。若保管物为不动产，保管人应在不动产所在地返还；若保管物为动产，返还地点应在保管地，保管人并没有送交的义务，但当事人另有约定的除外。第五，危险通知义务。在出现寄存人寄存的保管物因第三人或自然原因可能会失去的危险情形时，应立即通知寄存人。在第三人对保管物主张权利、提起诉讼或实行扣押时，保管人应立即将该情势通知寄存人。在保管物受到意外损毁灭失或者保管物的危险程度增长时，保管人也应将有关情况通知寄存人。

从本案的事实看，武培森托付宾馆值班的保安员看管摩托车，并已将摩托车交付保安员停放在宾馆的停车场，保管合同有效成立。宾馆属商业经营场所，对旅客寄存的物品，即使是无偿的，也应尽善良管理者的注意，否则就应对保管物的损毁、灭失承担赔偿责任。《合同法》第374条规定：“保管期间，因保管人保管不善造成保管物损毁、灭失的，保管人应当承担损害赔偿责任。但保管是无偿的，保管人证明自己没有重大过失的，不承担损害赔偿责任。”由于宾馆未尽职，致使摩托车丢失，宾馆存在重大过失，虽然宾馆是无偿保管摩托车，但依法应由宾馆承担赔偿责任。

58. 无偿保管的财物丢失的，保管人应否赔偿？

【案情】

蔡叔衡是某大学学生。2005年4月某日，蔡叔衡携带笔记本电脑到中学同学高敏所在的学校下载文章。期间，蔡叔衡因为有事而将笔记本电脑交给高敏保管，自己外出办事。高敏将笔记本电脑放在自己的床铺上，到别的宿舍闲聊。返回时发现笔记本电脑丢失，宿舍内无人。报案后，经公安机关侦查，未能寻回电脑。蔡叔衡要求高敏给予赔偿，遭到高敏的拒绝。无奈之下，蔡叔衡向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 蔡叔衡提出，自己将贵重的笔记本电脑交给高敏保管，高敏应当谨慎注意、妥善保管，但由于高敏的疏忽大意造成笔记本电脑丢失，依法应当承担赔偿责任。

■ 高敏提出，自己为蔡叔衡无偿保管财物，属于助人为乐的善意行为。期间自己因故外出，笔记本电脑失窃，纯属意外，自己没有过失，不应承担赔偿责任。



【律师点评】

《合同法》第365条规定："保管合同是保管人保管寄存人交付的保管物，并返还该物的合同。"保管合同具有以下特征：(1)保管合同为实践合同。即保管合同的成立，不仅须有当事人双方意思表示的一致，还须有寄存人将保管物交付于保管人的行为。(2)保管合同原则上为无

偿合同、不要式合同。即保管合同是社会成员之间相互提供帮助或者服务的一种形式，原则上是无偿的，当然，当事人之间也可以约定付报酬。保管合同仅以寄存人对保管物的实际交付为成立要件，并不要求当事人必须采取何种特定形式。(3) 保管合同以物品的保管为目的，合同标的是保管行为，一切物，包括种类物和特定物、动产和不动产都可以成为合同标的物。(4) 保管合同的形式由当事人选择，可以是口头形式，也可以是书面形式，还可以是其他形式。

在本案中，首先，高敏与蔡叔衡形成了无偿保管合同关系。蔡叔衡将笔记本电脑交付高敏保管，在未约定保管费用的情况下，高敏接受了保管，双方虽未订立书面保管协议，但口头协商一致，其保管法律关系即已成立。《合同法》第 366 条第 2 款规定："当事人对保管费没有约定或者约定不明确，依照本法第 61 条的规定仍不能确定的，保管是无偿的"，双方应为无偿保管合同关系。

其次，高敏具有重大过失。所谓过失是指行为人对自己行为的结果，应当预见或能够预见而没有预见，或者虽然预见了却轻信可以避免的主观心理状态。即行为人对应负注意义务的违反。依据法学理论，注意义务有三种不同的标准：一是普通人的注意，是指在正常情况下，只要稍微注意，即可预见的情形；二是与处理自己事务为同一注意，是指应以行为人平日处理自己事务所用的注意为标准；三是善良管理人的注意，是指具有相当知识经验的人，对于一定事件的所用注意作为标准，客观地加以认定。与此相适应，违反普通人的注意义务，为重大过失；违反与处理自己事务为同一注意义务，为具体轻过失；违反善良管理人的注意义务为抽象轻过失。本案高敏既然接受了蔡叔衡交给的保管物（电脑）进行保管，依据《合同法》第 369 条第 1 款"保管人应当妥善保管保管物"的规定，高敏应当在其条件许可范围内尽注意义务妥善保管电脑。同时，双方属无偿保管合同关系，高敏应当尽普通人的注意义务。可是，高敏明知笔记本电脑属于贵重物品，却将其放在自己的床铺上后到其他

宿舍聊天，未采取妥善的保管措施，导致电脑丢失。由于大学宿舍内来往人员较多、较杂，安全性较差，丢失财物的事件经常发生，高敏只要稍加注意，就能够预见到笔记本电脑有丢失的危险，但其由于疏忽大意没有预见到。由此可见，高敏未尽到作为一名普通人应当尽到的注意义务，存在重大过失。

根据《合同法》第 374 条的规定："保管期间，因保管人保管不善造成保管物毁损、灭失的，保管人应当承担损害赔偿责任。但保管是无偿的，保管人证明自己没有重大过失的，不承担损害赔偿责任。"保管人承担赔偿责任的条件有：(1) 保管物必须是在保管期间毁损、灭失，如果保管物在保管合同成立之前或者保管期间届满以后毁损、灭失，保管人不承担赔偿责任。(2) 保管物的毁损、灭失是由于保管人保管不当造成的，而不是由于不可抗力、第三人侵害以及其他原因造成的。(3) 法定的免责情形不存在。保管物有瑕疵或者按照保管物的性质而要采取特殊保管措施，寄存人未告知，而致使保管物受损失的，保管人不承担损害赔偿责任。保管物在保管期间毁损、灭失，但保管是无偿的，并且保管人证明自己没有重大过失或者故意，不承担损害赔偿责任。以上三个条件缺一不可。在本案中，笔记本电脑在交付高敏保管期间，由于其未采取妥善保管措施、疏忽大意而丢失，高敏有重大过失，不存在免责条件，应承担赔偿责任。





59. 保管人因故外出而转托他人保管的，应否对保管物毁损承担责任？

【案情】

邵洪海与马明永系邻居，平日关系尚好。2002年4月12日，邵洪海因出差需在外地一段时间，临走前将一辆山地自行车托付给马明永代为保管，答应出差回来后立即来领取，马明永一口应承下来。5月1日，马明永所在单位组织春游，马明永遂将邵洪海的山地车转托给另一邻居顾韬保管。当马明永春游归来之后，得知顾韬家中遭火灾，屋内所有贵重物品均遭毁损，包括邵洪海的那辆山地车在内也未能幸免。邵洪海出差回来后得知自行车已被烧毁，当即表示要马明永照价赔偿，遭拒绝。邵洪海遂于2002年6月10日向人民法院起诉，以马明永未经同意擅自将山地车转托他人导致山地车被损为由，要求法院判令马明永赔偿自行车的价款。

【争鸣】

■ 邵洪海提出，依据《合同法》第371条规定："保管人不得将保管物转交第三人保管，但当事人另有约定的除外。保管人违反前款规定，将保管物转交第三人保管，对保管物造成损失的，应当承担赔偿责任。"保管人马明永未经寄存人邵洪海的同意，擅自将邵洪海的山地车转托给第三人顾韬保管，导致自行车毁损，虽其主观上没有过错，但因其违反保管合同约定致使寄托人受损，依据法律的规定应承担第一赔偿责任，而后再向有过错的责任方索赔。

■ 马明永提出，自己事出有因而又无法及时通知寄存人并取得寄存



人的同意，其转让保管义务的行为应是合理的、适法的、有效的，保管自行车的责任自交付时起转移与顾韬。因此顾韬应对自行车灭失一事负赔偿责任，自己无需承担任何责任。



【律师点评】

保管合同一经成立，保管人和寄存人均受保管合同的约束，保管人和寄存人各自享有合同权利和承担合同义务。寄存人承担以下法律义务：（1）支付保管费和偿还必要费用的义务。保管合同为有偿时，寄存人应当按照约定向保管人支付保管费，该保管费为保管人为保管行为的报酬。（2）告知义务。寄存人交付的保管物有瑕疵或者按照保管物的性质需要采取特殊保管措施的，寄存人应当将有关情况告知保管人，由于寄存人未告知致使保管物受损失的，保管人不承担损害赔偿责任。由于保管物本身的性质或者瑕疵使保管人受到损害的，寄存人应当承担赔偿责任。其中所谓保管物本身的性质，是指保管物为易燃、易爆、有毒、有放射性等危险物品或易腐物品的情形。（3）声明义务。当寄存人寄存的物品为货币、有价证券或者其他贵重物品时，应向寄存人履行声明义务，并经由保管人验收或封存。寄存人未尽声明义务的，保管人仅须按照一般物品的价值予以赔偿。

在保管合同中，保管人承担着妥善保管保管物和返还保管物的法律义务。根据《合同法》第369条的规定："保管人应当妥善保管保管物。当事人可以约定保管场所或者方法。除紧急情况或者为了维护寄存人利益的以外，不得擅自改变保管场所或者方法。"可见，保管人首先有妥善保管保管物的义务。在保管合同中，保管保管物是保管人依保管合同应负的主要义务，保管人对保管物的保管应尽相当的注意。在保管合同期限届满或者寄存人提前领取保管物时，保管人应及时返还保管物。合同没有规定返还期限的，保管人可以随时返还，寄存人也可以随时要求返

还。如果保管合同规定有返还期限，则保管人非因不得已的事由不得提前返还。寄存人可以在期限届满前随时要求返还，因此给保管人造成损失的，寄存人应予以补偿。保管人返还的物品应为原物，原物生有孳息的，保管人还应返还保管期间的原物孳息。但在消费保管合同中，由于保管物为种类物，保管人得取得保管物的所有权，故而仅负以种类、品质、数量相同的物返还寄存人的义务。返还地点一般应为保管地，保管人并无送交的义务，当事人另有约定的除外。基于合同的相对性原理，保管人返还保管物义务的履行应向保管合同的另一方当事人——寄存人为之。在第三人对保管物主张权利时，除非有关机关已经对保管物采取了保全或者执行措施，保管人仍应向寄存人履行返还保管物的义务。

保管人不得将保管物擅自转让给第三人保管。这是由保管合同的专属性所决定的。寄存人基于对保管人的信赖将保管物托付给保管人保管，这是保管合同的基础。如果保管人未经寄存人的同意而擅自将保管物转让给第三人代其进行保管，不仅违反了原合同的约定，而且也使保管合同改变了实际履行人，是违约行为，应承担违约责任。因此各国民法都规定，保管人有不得擅自将保管物转让给第三人保管的义务，以保护寄存人因第三人而遭受不利。《合同法》第371条规定："保管人不得将保管物转交第三人保管，但当事人另有约定的除外。保管人违反前款规定，将保管物转交第三人保管，对保管物造成损失的，应当承担损害赔偿责任。"依据此条规定，转保管在取得寄存人的同意后成为适法行为。当事人还可以在原保管合同中约定保管人有权选任合适的第三人代为保管。

此外，法律还规定了另一种情况的合法转寄存，即在发生紧急情况，保管人无法继续履行保管义务，同时又不能及时通知寄存人的，保管人可以选任适合的第三人代为保管。如保管人突患疾病，无法继续履行保管义务，而寄存人又在外地，保管人无法及时通知寄存人的，保管人可以为了寄托人的利益考虑选择一胜任的第三人代为履行保管义务。还有一种情况是依交易惯例可以转让保管的合同。如银行保管贵重物品，如金银、珠

宝、首饰等，如该行保管能力欠缺时，可转交由上级银行代为保管。

依据适法行为行事后，原合同关系的当事人并没有发生变化，保管人和寄存人仍然是保管合同的当事人，寄存人与第三人并没有发生合同关系。但是在这种情况下发生了保管物损害的，原保管人可将此发生的损害赔偿请求权让与寄存人，保管人仅负选任和指示上的过失责任。也就是说，如果保管人在第三人的人选和指示上并无过失的，也即保管人选任的第三人具有实际保管能力且保管人亦将保管事宜尽了说明义务的，那么他将不承担因保管物毁损、灭失而引起的责任。责任将由对保管物的毁损有过错的一方承担。而在非依适法行为行事的情况下，保管物受损的，保管人承担一切赔偿责任，而不管其主观上有没有过错。若保管物的毁损是由第三人的过错引起的，虽保管人并无过失，仍要承担损害赔偿责任。这是由于保管人的违约行为在先，理应承担因此而造成的一切损失。但若属于不可抗力的，保管人仍可免责。

本案中，邵洪海和马明永是无偿保管合同的当事人，而顾韬是第三人。邵洪海和马明永在原合同中并未约定保管人的转保管权利，因此马明永非因特殊情况不得擅自转让合同义务，否则将对保管物的一切损失负赔偿责任。但是，由于马明永的外出旅游是马明永所在单位在邵洪海出差后决定的，因此马明永不可能在邵洪海交付保管物时告知这一情况。马明永的外出是突然的，而又无法及时地通知寄存人，而依常理马明永也不可能因为替邵洪海保管一辆自行车而闭门不出，只要他将自行车转交另一有保管能力的第三人，即可避免因无法继续履行保管义务而给保管人带来的不利后果。因此，马明永的转保管行为是适法的，且在人选和保管事宜上已尽了转保管人的注意义务，可以认定，马明永无需承担保管物的毁损赔偿责任。邵洪海可以向有过错的责任人请求赔偿。邵洪海的请求对象应是火灾事故的责任人而不是马明永，纵然事故的责任人是马明永所选任的第三人顾韬，马明永亦不承担任何责任，邵洪海可向顾韬索赔。

60. 顾客存放在自助储物柜内的物品丢失，能否要求超市赔偿？

【案情】

姚倩是某小区居民。该小区附近有一家大型超市。某日，姚倩下班后到该超市购物。该超市为方便顾客存放随身物品，设置了大量自助储物柜。自助储物柜上贴有“操作步骤”及“寄存须知”。操作步骤：(1) 将柜门关上；(2) 从投币口投币；(3) 取出密码纸，勿向他人展示密码；(4) 包放入箱内；(5) 关门，保留好密码纸。取包步骤：(1) 输入密码；(2) 取出物品；(3) 关门。在“寄存须知”中说明：(1) 不会使用自助储物柜应当向管理员请教；(2) 贵重物品及现金（价值500元以上）不得寄存；(3) 密码纸只能使用一次。姚倩将手提包存入了自助储物柜。购物结束后，姚倩到自助储物柜处取包时发现，其所持的密码条无法打开储物柜。姚倩要求超市给予解决，并声称柜内手提包中有MP3等价值2000余元的物品。超市工作人员按照操作步骤打开该储物柜，发现里面并没有姚倩的手提包。姚倩认为自己的手提包在超市内丢失，超市应当赔偿，双方协商未果后，姚倩到当地派出所报案。派出所调解未果后，姚倩诉至法院，要求赔偿手提包失窃造成的财产损失。经法庭审理查明，所指储物柜没有被撬压痕迹，经试用，使用正常。除免费自助储物柜外，超市还有另外两种存物方式：一种是将物品交给超市人工服务台的工作人员，工作人员将物品当面用专用袋封存后，存放在服务台的固定位置，发给顾客号牌，顾客购物结束后到服务台凭号牌领取物品；一种是将物品放入超市专用的储存袋，由工作人员进行封存后，顾客自己可以带入卖场。

【争鸣】

■ 姚倩提出，根据《消费者权益保护法》第18条的规定，“经营者应当保证其提供的商品或者服务符合保障人身、财产安全的要求。”超市提供的自助储物柜虽然是无偿的，但它是为实现营利目的向消费者提供服务的一部分，是为其商品销售目的提供的一种配套服务。就此而言，它属于经营者向消费者提供的一种服务，作为服务，本身应当保障顾客接受服务时的安全。同时，顾客到超市购物过程中存放随身物品，双方形成的是保管合同的关系。根据《合同法》关于“保管人应当妥善保管保管物”、“保管期间，因保管人保管不善造成保管物毁损、灭失的，保管人应当承担损害赔偿责任”的规定，超市理应保障顾客在购物场所的人身和财产安全。超市接受顾客的托管后，应当履行安全保障的义务，保证顾客的财产安全。自己当天是按照密码纸上的操作步骤正常开关门，当时没有发现异常。现在手提包被窃，表明超市没有充分保障顾客的财产安全，提供的自助储物柜被盗致使消费者的利益受损，应当承担损害赔偿责任。



■ 超市认为，首先，超市作为经营场所，本身有安全保障的义务，但超市的安全保障义务应当是有限的，不能无限扩大。本案中，超市在自助储物柜上明示了操作步骤和注意事项，已经尽到了提示的义务，不应当再承担责任。其次，该超市提供的自助储物柜虽然有“寄存”的字样，但超市同时声明，“本超市实行自存自取，如有遗失概不负责”、“贵重物品及现金不得寄存”。这些声明表明，从实质内容来看，这种寄存行为并不是保管的关系。超市提供的自助储物柜是无偿提供给顾客使用的，双方是无偿地借用的关系。超市已经通过使用须知告知顾客自助储物柜的使用方法和需要注意的事项，因此，对于姚倩的损失，超市不应负责。姚倩当天在超市购物，其提供的密码纸只能证明姚倩可能曾经使用自助储物柜，至于是不是真的把包存在柜内，包是不是已经取出，都没有证据。



【律师点评】

本案是一起日常生活中比较常见的超市储物丢失引起的法律纠纷。在现代社会生活中，大型超市为了方便顾客购物和卖场的货品管理，普遍都提供免费的物品寄存的服务。设置免费的寄存服务是为了让顾客感到方便，吸引顾客到超市内购物消费。可以说，免费的寄存服务已经成为了大型超市吸引顾客的不可或缺的一项服务。但在寄存物品的过程中发生丢失，引起纠纷的情况也越来越多。在处理此类纠纷的过程中，有些消费者认为，只要是自己寄存在超市的物品丢失，超市就应当承提赔偿责任。这是一种法律责任认识上的误区。超市应否对消费者的财产损失承担赔偿责任，取决于双方在寄存物品过程中形成的法律关系的性质和当事人双方对于物品丢失所具有的过错。如果超市一方已经尽到了注意义务，物品丢失是由于顾客自身的疏忽或违反寄存的规定造成的，责任就应当由顾客自行承担。因此，正确认识在超市存物过程中经营者和消费者双方所应具有的权利和义务是非常重要的。

《合同法》第365条规定："保管合同是保管人保管寄存人交付的保管物，并返还该物的合同。"第367条规定："保管合同自保管物交付时成立，但当事人另有约定的除外。"由此可见，保管合同为实践合同，应当以保管物的交付为其成立条件。即保管合同的成立，不仅须有当事人双方意思表示的一致，还须有寄存人将保管物交付于保管人的行为。而对于借用的行为，法律本身没有明确的规定，通常将其定义为："当事人一方以物无偿贷于他方使用，他方使用后返还其物之契约。"对比起来，保管合同与借用合同在交付方向、交付对象方面截然不同。用于本案中，如果构成保管合同关系，则应当是顾客向超市交付所带物品，由超市占有并保管；如果构成借用关系，应当是由超市向顾客交付借用物，也就是储物柜，由顾客占有、控制和使用。

在本案中，第一，超市无法对顾客的物品进行控制占有，不符合保管合同保管物转移的特征。第二，顾客自行控制自助储物柜，从而实现对借用物的占有。顾客可以根据自己的意思随时开启储物柜，存放物品，也可以在不通过超市的情况下随意取走存放的物品。第三，从自助储物柜的使用规则来看，只要将储物柜进行一次正常的开关，不管是否将物品放入柜内，储物柜都会打印密码纸。自助储物柜输出的密码纸仅代表超市借用给顾客储物柜的凭证，而不是该超市向顾客出具的保管物品的凭证。因此，双方形成的是借用储物柜的关系，而不是保管物品的关系。此外，这里还存在合同的名称与实质内容不符的问题。自助储物柜就是名为寄存，实为借用。对于这种名实不符的情况，司法实践中还是要以合同的实质要件和实际内容确定合同的性质。因此，当事人双方形成的是借用的合同关系。

超市作为商品零售企业，属于我国《消费者权益保护法》上所指的向消费者提供商品服务的经营者。姚倩到超市购物，是一种消费行为，姚倩因此行为而成为该法所指的消费者。双方之间存在提供消费服务和接受服务的法律关系，应当根据《消费者权益保护法》来确定双方各自的权利义务范围。根据《消费者权益保护法》第18条的规定，“经营者应当保证其提供的商品或者服务符合保障人身、财产安全的要求。对可能危及人身、财产安全的商品和服务，应当向消费者作出真实的说明和明确的警示，并说明和标明正确使用商品或者接受服务的方法以及防止危害发生的方法。”由此可见，该超市对其向顾客提供的自助储物柜负有一定的义务。这也是法官界定超市责任时必须考虑的因素。

从本案的事实看，该超市已经尽到了上述的说明、注意、谨慎管理等义务。第一，超市在“寄存须知”中要求使用者看清“操作步骤”和“寄存须知”，不会使用者向管理员请教后再操作。这表明超市已经告知消费者的使用方法。第二，生产自助储物柜的厂家在衣柜上已经明示不得放入现金及贵重物品，超市也在醒目处通过“免费自助储物柜注意事

项”对此做了说明，要求顾客寄存物品价值不得超过500元。该行为应当视为超市向消费者对可能危及财产安全的服务作出了真实的说明和明确的警示。第三，超市同时提供了人工寄存服务，并允许将物品用专用袋封存后带入超市卖场，这说明超市已经提供了防止危害发生的方法。第四，在与消费者构成的借用法律关系当中，超市尽到了出借人的谨慎管理义务，保证出借设施的完好与安全，这表现在自助储物柜外观上没有被撬压的痕迹，自身质量不存在瑕疵。因此，在本案的自助储物柜的借用关系中，超市对自助储物柜已经尽到必要的说明、注意义务与管理责任，姚倩丢失物品并不是因为超市的故意或者重大过失所致。在这种情况下，就不能再要求超市对自助储物柜内的物品安全负完全的责任。但超市应当根据公平的原则对顾客的损失承担适当比例的责任，如在超市规定的寄存物品价值不得超过500元的范围内给予补偿。



61. 业主停在室外的摩托车丢失，物业公司应否赔偿?

【案情】

郭晓明是某小区业主，并与某公司签订了入住合同。某公司在对小区进行物业管理过程中，先后制订了《小区入住须知》、《小区管理规定》、《门卫岗位责任制》、《关于加强车辆安全管理的通知》、《关于摩托车进出小区专项管理规定》等规章制度，并在小区内公布。《小区管理规定》要求小区内住户每年向某公司交纳物业管理费200元，由某公司负责对小区内的公共设施养护、安全防范措施等方面提供服务。某公司在发布以上规章后，便开始向小区住户收缴物业管理费，但郭晓明一直未交纳。6月24日，郭晓明中午下班后将自己的摩托车未加防盗锁就停放在小区内，等下午上班时，郭晓明发现自己的摩托车已不在停放点，便立即报案，但公安机关一直未破案。6月27日，郭晓明向某公司交纳了200元的物业管理费，之后便起诉至人民法院，请求法院判令某公司赔偿郭晓明的经济损失。

【争鸣】

■ 郭晓明提出，自己与某公司签订了物业管理合同，双方即产生物业管理的合同关系，某公司应当按照合同内容来履行合同义务。而某公司未能认真履行其物业管理职责，以致偷窃人潜入小区，造成郭晓明摩托车被盗的后果，因此，某公司应当承担赔偿责任。

■ 某公司提出，保管合同不仅需要双方当事人保管的意思表示一致，而且必须有寄托人将保管物交付给保管人，使保管物处于保管人的实际占有控制之下，保管合同方能成立。郭晓明在摩托车失窃前未将车

钥匙交付给某公司，而某公司也未对郭晓明出具取车凭证。可见，当事人双方之间就该车辆并不存在保管合同关系，即某公司对郭晓明停放在小区的摩托车不负有保管义务。另外，郭晓明在停放摩托车时，应当知道不加防盗锁会造成失窃的可能，而仍然未加防盗锁，郭晓明对于摩托车的失窃有着重大过错。因此，郭晓明的损失应当由其自负。



【律师点评】

《民法通则》第106条规定：公民、法人违反合同或者不履行其他义务的，应当承担民事责任。公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身的，应当承担民事责任。没有过错，但法律规定应当承担民事责任的，应当承担民事责任。郭晓明在入住小区后，与某公司签订了入住合同，该合同为某公司对郭晓明提供物业管理服务的承诺和郭晓明愿意接受服务和管理的表示。双方并未就郭晓明的财产由某公司保管签订过保管合同或有任何约定，某公司无保管郭晓明财产的义务。因此，郭晓明和某公司之间的关系只是一种进行服务和接受服务的关系。而某公司提供的服务是一种对小区的整体性服务，而不是仅就某个住户的单独服务，某公司也不能因某个住户未交纳物业管理费就停止对整个小区的服务。可见，郭晓明和某公司之间的合同性质是服务性的合同。郭晓明没有特别约请某公司保管被窃的那辆摩托车，其每年交纳的200元费用系物业管理费，该费系综合服务费，在构成中并无室外停车管理费的项目，摩托车的保管不属于某公司正常的物业管理公共性服务范围。当然，某公司对小区的安全负有进行日常管理的义务，但其所承担的小区安全防范方面的义务只是配合公安机关采取安全防范措施，维护管理区内的公共秩序。为了履行此职责，某公司在对小区进行物业管理过程中，制订了《小区入住须知》、《小区管理规定》、《门卫岗位责任制》、《关于加强车辆安全管理的通知》、《关于摩托车进出小

区专项管理规定》等规章制度，并在小区内公布。可见，某公司对小区安全进行了相应的管理，已经履行了其物业管理职责。

《合同法》第 365 条规定：保管合同是保管人保管寄存人交付的保管物，并返还该物的合同。第 366 条规定：寄存人应当按照约定向保管人支付保管费。当事人对保管费没有约定或者约定不明确，依照本法第 61 条的规定仍不能确定的，保管是无偿的。第 367 条规定：保管合同自保管物交付时成立，但当事人另有约定的除外。第 368 条规定：寄存人向保管人交付保管物的，保管人应当给付保管凭证，但另有交易习惯的除外。保管合同是践成合同，其成立不仅需要双方当事人保管的意思表示一致，而且必须有寄托人将保管物交付给保管人实际占有控制的行为。郭晓明在摩托车失窃前并未将摩托车钥匙或行驶证交付给某公司，而某公司也未对郭晓明出具取车凭证。显然，双方当事人之间就该车辆并不存在保管合同关系。某公司制订了一系列规章制度，这表明某公司已对小区进行了管理，履行了管理职责，郭晓明的摩托车被盗纯属意外事件，某公司对此并无主观上的过错，其行为也未违法，更无侵害郭晓明财产的事实。所以，某公司对郭晓明的摩托车被盗并无责任。相反，郭晓明摩托车被盗恰恰是因为郭晓明未遵守某公司的规章制度，自己对车辆疏于防范，未停放在自己的车库，也未加防盗锁，结果使摩托车被盗，依据过错责任原则，这个后果完全应当由郭晓明自己承担。





委托合同



62. 委托人解除合同的，受托人能否要求支付违约金?

【案情】

丁朔方原是某企业负责人，退休后打算到南方某城市从事餐饮业。为此，丁朔方与在该城市工作的朋友冯世功联系，委托其代为租赁两处店面，两人达成协议：每租赁一处店面，丁朔方付给冯世功代理费5000元。如有违约，支付代理费20%的违约金。冯世功按照要求在城市商业中心地带为其寻找符合要求的店面，经过多方打探和磋商，为丁朔方租赁了一处面积300平米的店面。丁朔方对该处店面的情况较为满意，支付了1年的租金，并由冯世功代为签订了租赁合同。在冯世功积极寻找第二处店面的过程中，丁朔方电话通知其不再租赁第二处店面，原因是资金和人力有限，无法同时经营。冯世功要求其按协议约定支付违约金，遭到丁朔方的拒绝。经多次协商未能达成一致，冯世功向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 冯世功提出，根据双方事先达成的委托协议的约定，如果任何一方违约，需要支付代理费（10000元）20%的违约金。在自己为其成功租赁一处店面后，丁朔方单方解除合同，构成违约，应支付违约金。

■ 丁朔方的代理人提出，《合同法》第52条规定：“有下列情形之一的，合同无效：……（五）违反法律、行政法规的强制性规定。”本案委托协议中关于违约金条款的约定，违反了《合同法》关于委托合同当事人享有合同的任意解除权的规定，属于无效条款。原告要求支付违约金的诉讼请求应当驳回。



【律师点评】

《合同法》第396条规定："委托合同是委托人和受托人约定，由受托人处理委托人事务的合同。"委托合同有如下特征：(1)委托合同的标的是处理委托事务，委托人可以特别委托受托人处理一项或数项事务，也可以概括委托受托人处理一切事务。委托的事务既可以是事实行为，亦可以是法律行为。(2)委托合同以双方的信任关系为基础。委托人委托受托人处理事务以对受托人能力和忠诚的信任为前提和基础。因此，在通常情况下，受托人都要亲自处理委托事务。(3)受托人在处理委托事务时，一般是以委托人的名义办理委托事务，但法律另有规定的除外。(4)委托合同可以是有偿的，也可以是无偿的。(5)委托人的主要义务是预付处理委托事务的费用；按约定支付给受托人报酬，但无偿委托合同除外。(6)受托人的主要义务是按照委托人的指示处理委托事务，需要变更委托人指示的应当经委托人同意；应按照委托人的要求随时报告处理委托事务的情况；及时将处理委托事务取得的财产转交给委托人。

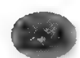


《合同法》第410条规定："委托人或者受托人可以随时解除委托合同。"有种意见认为：该条所规定的是委托合同的任意解除权，也属于法定解除权。委托合同的当事人不能以约定排除合同任意解除权。委托合同中的这类约定因其违反《合同法》第410条的规定而无效。理由是：《合同法》第94条规定："有下列情形之一的，当事人可以解除合同：(一)因不可抗力致使不能实现合同目的；(二)在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；(三)当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；(四)当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；(五)法律规定的其他情形。"该条第5项实际上是指法律另外规定法定解除权的情形，而《合同法》第410条恰恰是对委托合同当事人合

同任意解除权的另外规定，属于第94条第5项规定的当事人享有合同法定解除权的情形。从《合同法》第410条的条文表述来看，如果认为当事人可以通过约定排除《合同法》第410条的适用，那么《合同法》第410条应增设除外条款——“当事人另有约定的除外”。《合同法》未作此规定，表明立法禁止当事人以约定的方式排除第410条的适用。因此，如果委托合同当事人解除合同，只负赔偿对方损失之责，不承担违约责任。

这种观点有欠妥当。合同的法定解除分为法定事由解除和法定任意解除。合同的法定事由解除是指必须有法定事由的出现，一方或双方当事人才能享有解除合同权。《合同法》第94条即属于法定事由解除。这种解除权不能通过当事人的约定来排除或者限制。也就是说，即使合同当事人约定在《合同法》第94条规定的情形下不得解除合同，否则应当承担违约责任，当事人也可以申请撤销。因为，如果在因不可抗力致使不能实现合同目的；在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的等诸种情况下，仍不允许对方当事人解除合同，否则要承担违约责任，显然是不公平的。根据《合同法》第54条的规定，“下列合同，当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销：……（二）在订立合同时显失公平的。”

但当事人约定在具备法定事由的情况下不得解除合同，只是可以撤销的合同条款，即效力待定的条款，而不是当然无效。《合同法》第52条规定：“有下列情形之一的，合同无效：（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（三）以合法形式掩盖非法目的；（四）损害社会公共利益；（五）违反法律、行政法规的强制性规定。”存在上述情形的合同才是当然无效的。如果合同当事人事先约定在具备法定事由的情况下不得



解除合同，否则应当承担违约责任，事后又不申请撤销，该条款就是有效的。当事人应当按照合同约定承担违约责任。

合同的法定任意解除是指对于特定的合同，无须法定事由，一方或双方即享有解除权。《合同法》第410条规定即属于法定任意解除。法定任意解除只适用在特定的合同如委托合同、承揽合同中。《合同法》第94条第5项是指法律另有规定法定事由解除的情形，不包括法定任意解除的情形，因此，不能认为《合同法》第94条第5项的规定适用于《合同法》第410条。在法定任意解除的情况下，当事人可以通过约定来限制或排除合同解除权。如果当事人约定解除合同应当承担违约责任，不属于无效或可撤销的条款。因为在《合同法》第410条赋予当事人合同任意解除权的情况下，当事人仍通过约定排除此权利的行使，则表明其自愿承担可能因合同无法解除所产生的交易风险，这并不违反法律和社会公共利益，法律没有必要对这种约定加以限制。

综上所述，法定解除与法定解除权的行使是不同的概念。法定解除不是依法自动解除，是否解除还要看权利人是否行使法定解除权。《合同法》第94条和第410条只是规定“当事人可以解除合同”，而没有规定当事人必须解除合同。可见，法定解除权的行使由权利人决定，因此合同法定解除权的行使可以通过约定排除。即使约定不得解除合同明显对一方当事人不公平，该条款也并非是无效条款，而只是显失公平条款，当事人可以申请撤销该条款。《合同法》第410条并不是强制性条款，该条只是规定“当事人可以随时解除合同”。“可以”的含义是当事人可以随时解除合同，也可以不解除合同。这种排除解除权的合意，在《合同法》第410条的授权范围内，并不违反法律。在本案中，委托合同当事人约定如果如何一方违约，应当承担违约责任，并不违法法律规定。该约定是当事人的真实意思表示，合法有效，对当事人双方均具有约束力。丁朔方作为委托人单方解除合同，应当承担违约责任，支付违约金。

63. 受托人以代收款项冲抵债务的，是否构成违约?

【案情】

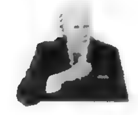
某贸易公司拖欠某供销公司的货款100万元，一直未归还。供销公司多次向贸易公司催要，未果。1999年10月，供销公司得知某食品公司与贸易公司有长期的贸易往来关系，遂请某食品公司出面帮助向贸易公司催讨欠款，某食品公司提出须支付催讨欠款的费用。双方于1999年11月1日达成协议，协议规定，由某食品公司帮助供销公司催讨货款，半年内，某食品公司保证给供销公司要回75万元，剩下的货款可由某食品公司处理。合同订立后的第三天，某食品公司即派人与贸易公司商谈，提出供销公司已将债权全部转让给他，而某食品公司又拖欠贸易公司110万元的货款，双方可否抵销100万元，贸易公司表示同意，双方为此达成协议。在2000年3月7日，某食品公司给供销公司汇去75万元货款，并通知供销公司双方关系已经了结。一个月后，供销公司了解到某食品公司与贸易公司互相充抵债务一事，认为它只是委托食品公司催讨欠款，并没有允许其抵销债务。双方为此发生纠纷，因不能达成协议，供销公司向法院提起诉讼，要求某食品公司承担违约责任，并返还不当得利。



【争鸣】

■ 供销公司提出，在某食品公司与供销公司达成的协议中，明确规定由某食品公司帮助供销公司催讨货款，双方并没有就转让债权问题达成协议，所以，某食品公司无权以供销公司的债权与贸易公司的债权相互充抵。某食品公司应承担违约责任。

■ 某食品公司提出，其与供销公司的协议中虽没有明确规定转让债权，但从该协议的内容来看，实际上已转让了部分债权，因此某食品公司可以其受让的债权与贸易公司的债权相互充抵。至于未转让的部分债权，某食品公司只是受委托追付，以该笔欠款抵销自己的债务确有不当，但某食品公司已将同等数额款项支付给供销公司，未损害供销公司的利益，也不应追究其违约责任。



【律师点评】

本案中，从供销公司的订约目的和合同的内容来看，供销公司并没有转让全部债权的意图。从合同的条款可见，双方就部分债务形成了一种委托索款关系。所谓委托索款，是指债权人与第三人之间订立委托协议，由债权人授权第三人代理其向债务人索款。从本案来看，虽然供销公司并没有转让全部债权的意图，在供销公司与某食品公司的协议中，也没有明确转让全部债权，但双方的协议中明确规定，在半年内某食品公司保证给供销公司要回75万元，剩下的货款可由某食品公司处理。对于该条的规定，可以作出两种理解：第一，如果某食品公司能够给供销公司要回75万元货款，那么剩下的25万元货款的债权不管是否要回，都转归某食品公司所有。因为合同规定“剩下的货款可由某食品公司处理”。转让25万元货款的债权是很明确的，由此可以认为是债权的部分转让。债权转让的代价是某食品公司帮助供销公司要回了75万元货款。第二，从上述合同的规定，也可以理解为供销公司将其25万元货款的债权转让给某食品公司作为要回货款的报酬，这种理解也是符合双方当事人的订约目的的。因为双方在订约时，供销公司商请某食品公司出面催讨欠款，某食品公司就提出须支付催讨欠款的费用，而转让25万元债权也就是供销公司要支付给某食品公司的催讨货款的报酬。无论作哪一种理解，都不能否认这样一个事实，即25万元货款的债权均已发生转让。

既然双方已就25万元货款债权的转让达成了协议，而贸易公司对某食品公司提出的互相冲抵债务的请求表示同意，可见贸易公司已经同意全部债权的转让，至少其对部分债权的转让显然是无异议的，因此本案中部分债权的转让已经生效。

至于供销公司提出某食品公司向其支付75万元货款，而获得25万元货款，已构成不当得利，显然是不能成立的。因为既然25万元货款的债权已经转让，那么某食品公司在转让后，享有并实现了此项债权，完全是合法的，是有法律根据的，不能构成不当得利。另外，基于以下两点原因，一是从主观上来看，双方在订约时完全是自主自愿的，任何一方都没有利用对方的无经验、无能力、不谨慎等与对方订约，并使自己获取利益，更何况，这种转让对双方都是有利的。二是从客观上来看，因为供销公司向某食品公司转让的是25万元货款的债权，而不是所有权，此项权利能否实现在转让时难以确定，对于受让人来说，其获得此项权利，要承担将来可能不能实现的风险。更何况在本案中，供销公司除了转让这笔债权外，没有再向某食品公司另外支付催讨欠款的报酬或费用。此种转让不构成显失公平。既然25万元贷款的债权已经转让，那么某食品公司在受让这部分债权以后，是可以以这部分债权与贸易公司的债权相互抵销的。

那么，尚未转让的75万元货款的债权，能否由某食品公司提出抵销？从原则上说，这笔债权没有转让，因此不能抵销，供销公司提出只是委托某食品公司催讨欠款，并未允许其抵销，并认为抵销违反了其与供销公司达成的协议，应承担违约责任，也是合理的。但是既然在抵销后某食品公司已经向供销公司支付了75万元货款，而抵销的效果对供销公司并无不利。对于75万元货款，也可以认为是某食品公司代贸易公司向供销公司所支付的货款。因此，供销公司要求某食品公司承担违约责任，返还不当得利，缺乏充分的依据。

64. 委托他人代收汇款发生纠纷的，举证责任由谁承担?

【案情】

陆浩东和姚夏、祁连山三人是中学同学，读书时是形影不离的好朋友。高中毕业后，陆浩东参加了工作，在一家工厂做工。姚夏则考上了外地的一所大学，成了让人羡慕不已的大学生。祁连山没有考上大学，待在家里，无所事事。2003年春节时，姚夏回家过年，见到了百无聊赖的祁连山，遂提议让他到自己就读学校所在的城市去打工。祁连山征得了家人的同意，在寒假结束后，跟随返校的姚夏来到了某市。由于祁连山没有一技之长，又缺乏工作经验，因此，工作找得很不顺利，生活也十分艰难。2004年6月某日，正在上班的陆浩东接到了祁连山发来的电报，请求他尽快汇2000元钱到姚夏的名下，电报中未说明具体的理由。陆浩东感到朋友一定是遇到了困难，急需用钱，便立即到银行取出了2000元钱并电汇到了姚夏所在的学校。可他没有想到的是，正是这2000元钱，让自己的两个好朋友：祁连山和姚夏闹上了公堂，打起了一场谁也说不清楚的官司。

【争鸣】

■ 祁连山提出，自己因生活困难，向好友陆浩东借钱，由于自己没有固定的通讯地址，便将钱汇到了姚夏名下。姚夏收到钱后，将2000元钱据为己有。现请求人民法院判决姚夏交出被其非法占有的2000元钱。

■ 姚夏提出，祁连山因没有工作，生活拮据，曾向自己借了2000元钱。此次陆浩东汇来的钱，是祁连山用来偿还借款的。由于是好朋友，所以当初借款时没有打借条。在诉讼过程中，两个人各执己见，但都不

能提供充分的证据证明自己的主张。这场官司究竟该怎样了结呢?



【律师点评】

在本案中，祁连山主张姚夏将陆浩东汇给自己的2000元钱据为己有，要求判决其返还。因此，本案是一起不当得利纠纷。所谓不当得利，是指无法律或合同上的原因而受利益，致他人受损害的法律事实。《民法通则》第92条规定："没有合法根据，取得不当利益，造成他人损失的，应将取得的不当利益返还受损失的人。"最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》第131条规定："返还的不当利益，应当包括原物和原物所生的孳息。利用不当得利所取得的其他利益，扣除劳务管理费用后，应当予以收缴。"根据上述法律规定，不当得利的构成要件为：(1)一方获得利益；(2)他方受有损失；(3)一方获得利益没有法律上的根据。在诉讼中，以上三个构成要件均为案件的证明对象，必须由当事人加以证明，才能成立不当得利。而在本案中，当事人双方都承认陆浩东曾应祁连山的要求，汇款2000元到姚夏的名下，但祁连山主张该款应当由姚夏转交给自己，而姚夏则主张该款是用来偿还祁连山的欠款的。双方都没有证据证明自己的主张和驳倒对方的主张。换言之，不当得利的前两个构成要件因得到当事人的确认，已经无需证明。本案的关键即在于构成不当得利的第三个要件：姚夏占有该笔汇款是否有法律上的根据，能否得到证明。如果能够证明该款确系用来偿还欠款，则姚夏占有该汇款有法律上的根据，祁连山的诉讼请求将被驳回；反之，如果证明该款是祁连山为解决生活困难，向朋友所借，因自己没有固定通讯地址而汇到姚夏名下，则姚夏将被判决返还该款项。在双方都不能提供证明以证明自己主张的事实的情况下，本案的焦点就集中在谁应当承担不当得利的证明责任上，即姚夏取得该款有无法律根据的证明责任由谁承担，谁就将面临不利的诉讼后果。

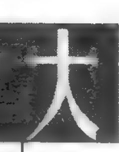


关于不当得利的证明责任，《民法通则》及其实施意见没有作出规定，最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》中也未作出规定。鉴于不当得利的特殊性和复杂性，也不宜简单地适用“谁主张，谁举证”的证明责任的一般标准。根据有法律则依法律，无法律则依习惯，无习惯则依法理的原则，在没有法律和既有的惯例可以遵循的情况下，对于不当得利的证明责任，只能依据法理进行分配。目前，在司法实践中通常是采用证明责任分配理论的通说：以法律要件分类说为主，利益衡量说为辅的证明责任分配原则。所谓法律要件分类说，简而言之，就是主张权利的当事人应当对导致该权利发生的法律事实要件承担证明责任；否认权利的当事人应当对妨碍权利、权利消灭或受限制的的法律事实要件承担证明责任。具体到本案，祁连山主张要求姚夏返还不当得利的权利，必须证明构成不当得利的法律事实要件存在，即：一方获得利益，他方因此受到损失，获得利益没有合法依据。如前所述，前两个要件已经得到当事人的确认，无需证明，而第三个要件则没有证据证明。因此，证明责任应当由祁连山承担，其诉讼请求将被驳回。



从利益衡量的角度上看，如果由被告方承担不当得利的证明责任，证明取得不当得利存在法律上的依据，既不利于法律秩序的稳定，也违反了人们的日常生活习惯。在不当得利诉讼中，原告提起诉讼的目的是为了改变财产关系的现状，因此，应当由原告举证证明对现状的改变具有事实依据；如果由被告承担证明自己取得的利益有合法依据的证明责任，则会使财产关系处于一种不稳定的状态，人们的财产随时都可能因为他人提起诉讼，自己不能证明取得该财产的合法依据而被剥夺，从而不利于法律秩序的稳定，甚至会导致滥用诉权，牟取不法利益。同时，根据人们的日常生活习惯，通常是给付利益的一方保留证据，以便日后请求得到利益方返还利益或者履行其他义务；而不是由得到利益的一方保留证据，以便防止日后给付利益方提出返还利益的请求或者其他请求。在本案中，姚夏显然属于得到利益的一方，一般不会保留证据，而祁连

山属于间接地给付利益的一方，通常会保留证据，所以，由他承担举证责任符合人们的生活习惯。在委托他人受领汇款的情况下，人们通常会要求汇款人在汇款凭据上注明该款由受委托人转交给自己，以便日后要求其返还汇款。在祁连山不能提供上述证据的情况下，就要承担败诉的后果。



65. 委托人解除合同的，受托人能否要求赔偿报酬损失?

【案情】

谷应宾是某汽修厂老板。2005年2月，谷应宾委托孙强为其购买一批汽车配件。双方签订了委托合同，约定：孙强于2005年6月前为谷应宾购买汽车配件若干，垫付货款；谷应宾于2006年春节前偿还货款与利息，并支付报酬5000元。孙强接受委托后，积极联系货源。2005年4月，谷应宾电话通知孙强，其已购得汽车配件，解除委托合同。孙强认为，自己为联系货源支付了交通费以及交际费近千元，谷应宾应当偿还并赔偿自己的报酬损失5000元。谷应宾同意偿还上述费用，但不同意赔偿报酬损失。为此，孙强起诉至人民法院。

【争鸣】

■ 孙强提出，《合同法》第398条规定：“委托人应当预付处理委托事务的费用。受托人为处理委托事务垫付的必要费用，委托人应当偿还该费用及其利息。”第410条规定：“委托人或者受托人可以随时解除委托合同。因解除委托合同给对方造成损失的，除不可归责于该当事人的事由以外，应当赔偿损失。”根据上述法律规定，谷应宾作为委托人单方解除合同，应当偿还自己为处理委托事务而支付的必要费用。因谷应宾解除合同，自己应得的报酬作为可得利益的损失，委托人应当给予赔偿。

■ 谷应宾提出，孙强为联系货源而支付的交通费、交际费，自己同意偿还。但其主张的报酬损失，不符合法律规定，不同意赔偿。



【律师点评】

《合同法》第410条规定："委托人或者受托人可以随时解除委托合同。因解除委托合同给对方造成损失的，除不可归责于该当事人的事由以外，应当赔偿损失。"这里所说的赔偿损失，应是合同被解除所导致的对方当事人遭受的财产损失，即实际损失和可得利益的损失，但报酬不应成为损失赔偿的范围。因为报酬是履行委托事务的对价，委托事务不论基于何方当事人的原因未能履行，均不得请求支付。否则，要求委托人以赔偿损失的方式对自己提前解除合同给受托人未完成委托事务的报酬予以赔偿，对委托人不公平。因为《合同法》第410条规定的是委托合同的任意解除权。如果该权利的行使以委托人赔偿受托人的报酬为代价，该权利将形同虚设。受托人完成全部委托事项，委托人将支付全部报酬。受托人因委托人行使解除权全部未完成或部分未完成委托事项，委托人仍要以赔偿损失的方式支付全部报酬，在行使随时解除权应当承担的赔偿责任和委托合同全部履行完毕委托人支付给受托人的费用完全相等的条件下，随时解除权的行使对委托人毫无意义。相反，随时解除权的行使潜在地加重了委托人的负担。这是因为，委托人如果不行使合同解除权，而是坐等合同履行期限届满，委托人尚能获得受托人的劳动成果；如果行使随时解除权，其支付了与委托合同履行完毕相同的对价，却未能获得受托人的劳动成果。因此，在行使委托合同随时解除权的情况下，将受托人未取得的约定报酬认定为受托人的损失要求委托人赔偿是不合理的。

《合同法》第405条规定："受托人完成委托事务的，委托人应当向其支付报酬。因不可归责于受托人的事由，委托合同解除或者委托事务不能完成的，委托人应当向受托人支付相应的报酬。当事人另有约定的，按照其约定。"根据上述法律规定，委托合同生效后，在受托人未完成委



托事务的情况下，委托人解除合同的，受托人可以根据处理委托事务的情况要求给付相应的报酬。委托合同提前解除后，受托人未完成的委托事务所对应的报酬，委托人无须支付。当事人另有约定的除外。因此，孙强可以根据其为办理委托事务而付出劳动的情况要求支付相应的报酬，具体数额可以由法官按照受托人从事委托事务的时间，参照误工费的计算标准确定，即受托人有固定收入的，误工费按照实际减少的收入计算。受托人无固定收入的，按照其最近三年的平均收入计算；受托人不能举证证明其最近三年的平均收入状况的，可以参照受诉法院所在地相同或者相近行业上一年度职工的平均工资计算。但不能超过约定报酬的一定比例，如50%。但受托人无权要求委托人支付委托合同约定的全部报酬或者赔偿相应的损失。同时，根据《合同法》第398条的规定，受托人为处理委托事务垫付的必要费用，委托人应当偿还该费用及其利息。在本案中，孙强为办理委托事务而支付的交通费、交际费等费用，是其为处理委托事务而垫付的必要费用，委托人应当偿还。对此，委托人同意支付，法律应当予以认可。



66. 利用委托人盖章的空白合同书签订合同，责任由谁承担？

【案情】

2002年，某建筑公司（以下简称某公司）因生产经营需要，委托个体工商户老板李晓明到某建材厂联系购买建材的相关事宜。某公司总经理王某亲自填写了授权委托书，授权范围为“以本公司名义代为购买建筑材料1000吨”，王某并把盖有某公司公章和合同专用章的空白合同书若干份交给了李晓明。李晓明分几次购买了建筑材料共计1000吨，某公司在验货后也及时支付了全部货款。时隔3个月后，某建材厂再次到某公司索要建筑材料货款，某公司表示已经支付了所购买的1000吨建筑材料的全部货款，自己与该厂已不存在债权债务关系。但该建材厂却说某公司只支付了1000吨建筑材料的货款，还有500吨的货款没有支付。而某公司表示自己只购买了1000吨建筑材料，建材厂提到的500吨建材一事与本公司无关。经解释，某公司才发现原来李晓明利用自己未及时收回的授权委托书和盖有公章的空白合同书以某公司的名义从建材厂购买了500吨建材。现在李晓明已不知去向，对于这500吨建材某公司根本就没有收到，因此拒绝支付相应价款。建材厂在多次索要货款未果的情况下，将某公司告到法院，要求某公司支付这500吨建材的货款及相应利息。

【争鸣】

■ 建材厂提出，李晓明通过合法的手段取得了授权委托书和盖有公章的空白合同书，与某公司之间的委托关系合法有效。李晓明在以某公

司名义购买了1000吨建筑材料后某公司未及时收回授权委托书和盖有公章和合同专用章的空白合同书，使建材厂误认为李晓明仍有代理权而与之订立合同。因此，李晓明购买500吨建材的行为构成表见代理，应该由某公司承担相应的法律后果，向建材厂支付这500吨建材的货款。

■ 某公司提出，该公司委托李晓明代为购买的只是1000吨建材，至于第二次购买的500吨只是李晓明的个人行为，而且某公司自始至终也没有收到这批货物，因此不应由某公司承担这500吨建材的货款。由于授权委托书上明确规定李晓明的代理权限为以某公司名义代为购买1000吨建材，在李晓明完成委托事项后，某建材厂明知其超越代理权仍然与其订立买卖500吨建材的合同，因此，李晓明的行为不构成表见代理，不应由某公司承担法律后果。

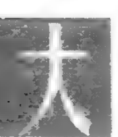


【律师点评】

本案是一例典型的表见代理引起的债权债务纠纷案。对于无权代理人的代理行为，如果相对人有理由相信其有代理权，那么相对人就可以向被代理人主张代理的效力，要求被代理人承担责任。这一制度称为表见代理。我国《合同法》第49条规定了表见代理：行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后仍以被代理人的名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。根据《合同法》的规定，表见代理具有如下构成要件：(1) 无权代理人没有得到被代理人真正授权，即代理人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后仍以被代理人的名义订立合同；(2) 行为人给人以假相，使相对人不知道其实际上没有代理权；(3) 相对人完全有正当理由相信其有代理权，即一个普通的人处在这种情况下都会认为其有代理权，与之订立合同。

在本案中，某建筑公司授权个体工商户老板李晓明为该公司购买建筑材料1000吨，并把授权委托书及盖有本公司公章和合同专用章的空

白合同书一并交与了李晓明，可以说这一委托关系是合法有效的。在李晓明以代理人的身份为某公司签订了购买建筑材料的合同，买卖双方也已履行完毕后，李晓明与某公司之间的委托关系实际上已经终止了。李晓明再次以某公司名义签订建材买卖合同，购买500吨建筑材料的行为属于代理权终止后的行为。但由于某公司在委托关系终止后未及时将交与李晓明的授权委托书和盖有公章的空白合同书收回，以至于给交易对方——某建材厂造成了假相，使建材厂认为李晓明仍然具有代理权，这实际上已经构成了表见代理。其购买500吨建材的行为仍然应该由某公司承担相应的责任。根据我国《合同法》第49条的相关规定，某公司应该支付这500吨建材的货款及相应利息。



67. 第三人实施合同诈骗的，居间人应否承担赔偿责任？

【案情】

姚理安从事劳务中介。受某贸易公司老板刘炳君的委托，姚理安为其介绍了运输司机张如曦。刘炳君与张如曦达成书面运输协议，约定由张如曦为某贸易公司运输服装1000套，发货地点为某贸易公司，卸货地点为某服装城，收货人为李广湖。在该货物运输协议书上注明经办单位为某运输服务中心，经办人为姚理安；张如曦给付姚理安信息费300元。协议达成后，张如曦从某贸易公司装货后出发，但收货人李广湖一直未收到张如曦所运输的货物。2005年9月，刘炳君诉至法院，以张如曦是姚理安介绍的，由于姚理安不具有配货资格，充当中介机构，致使其货物被司机张如曦骗取，至今下落不明，要求姚理安赔偿原告货物损失。

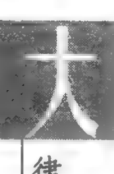
【争鸣】

■ 刘炳君提出，姚理安应当承担赔偿责任，理由是根据《合同法》第425条的规定："居间人应当就有关订立合同的事项向委托人如实报告。居间人故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况，损害委托人利益的，不得要求支付报酬并应当承担损害赔偿责任。"在自己与张如曦的运输合同中，姚理安并未如实提供相关信息，导致自己的货物被骗，因此，姚理安应当承担赔偿责任。

■ 姚理安提出，刘炳君委托自己联系运输户，自己为刘炳君联系了张如曦。张如曦和刘炳君已达成运输协议，且已部分履行，自己作为居间人，已履行了中介义务。双方在合同履行过程中发生纠纷，不应当由自己承担赔偿责任。



【律师点评】



根据《合同法》第424条的规定："居间合同是居间人向委托人报告订立合同的机会或者提供订立合同的媒介服务，委托人支付报酬的合同。"在居间合同中，接受委托报告订立合同机会或者提供交易媒介的一方为居间人，给付报酬的一方为委托人。居间作为中介的一种形式，其宗旨是把同一商品的买卖双方联系在一起，以促成交易后取得合理佣金。无论何种居间，居间人都不是委托人的代理人，而只是居于交易双方当事人之间起介绍、协助作用的中间人。居间合同的主体：委托人可以是任何公民、法人；而居间人只能是经过有关国家机关登记核准的从事居间营业的法人或公民。居间业务根据居间人所接受委托内容的不同，既可以是只为委托人提供订约机会的报告居间，也可以是为促成委托人与第三人订立合同进行介绍或提供机会的媒介居间，还可以是报告居间与媒介居间兼而有之的居间活动。所谓报告订约机会，是指居间人接受一方委托人的委托，寻觅、搜索信息，报告委托人，从而提供订立合同的机会；所谓提供订立合同的媒介服务，是指介绍双方当事人订立合同，居间人不但要向委托人报告订约的机会，而且还要进一步周旋于委托人与第三人之间，努力促成其合同成立。两种情况，只有中介活动成功，促成合同成立，居间人才能取得合同约定或者法律规定的报酬。

居间合同具有如下法律特征：(1)居间合同以促成委托人与第三人订立合同为目的。在居间合同中，居间人是为委托人提供服务的，这种服务表现为报告订约的机会或为订约的媒介。居间合同的标的是居间人进行居间活动的结果，其目的在于通过居间活动获取报酬。居间人的活动只有促成委托人与第三人之间建立起有效的合同关系才有意义。(2)居间人在合同关系中处于介绍人的地位。居间合同的客体是居间人依照合同的约定实施中介服务的行为。无论何种居间，居间人都不是委

托人的代理人或当事人一方，居间人只是按照委托人的指示，为委托人报告有关可以与委托人订立合同的第三人，给委托人提供订立合同的机会，或者在当事人之间充当“牵线搭桥”的媒介作用，并不参加委托人与第三人之间具体的订立合同的过程。他的角色只是一个中介服务人，只是在交易双方当事人之间起介绍、协助作用。(3) 居间合同具有诺成性、双务性和不要式性。居间合同的诺成性是指只要委托人与居间人意思表示一致，合同即成立，居间人就负有依委托人的指示进行居间的义务，而一旦居间人的活动取得结果，委托人就应支付报酬。居间合同的双务性是指居间合同一经成立，当事人双方均需承担一定的义务。就居间人而言，居间人有据实报告的义务；对委托人而言，合同因居间而成立后有支付报酬的义务。居间合同的不要式性是指当事人可以采取口头或者书面形式，居间合同的成立也不需采用特定的形式。(4) 居间合同具有有偿性。居间人以收取报酬为业，居间人促成合同成立后，委托人当然要向居间人支付报酬，作为对居间人活动的报偿。不要报酬促进他人订立合同的行为，不是居间活动，而是一种服务性活动，行为人不承担居间合同中的权利义务。

结合本案，主要涉及以下几个法律问题。

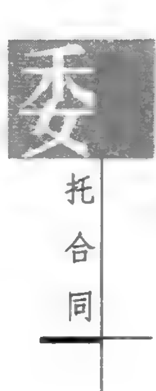
(1) 刘炳君、姚理安、张如曦所签订三方协议的法律性质。从全案及三方签订的运输协议来看，姚理安受刘炳君的委托，为其联系运输司机张如曦，由张如曦将刘炳君的货物从某贸易公司运至某服装城，张如曦与刘炳君之间存在一个运输合同关系；姚理安既不作为代理人参与运输合同，更不以自己的名义参与该运输合同中，只是作为居间人的身份为他们提供一定的媒介服务促成合同的签订成功，因此，本案是典型的居间合同纠纷。法律上的居间行为可分为两种行为，一种是提供委托人所需要的能够订约的各种交易信息或供需信息，即报告订约机会，称为报告居间。另一种是提供订立合同的媒介服务，称为媒介居间。媒介居间分两种情况：单纯的媒介居间和报告居间基础上的媒介居间。单纯的

媒介居间适用于委托人的交易目标已经确定或已经选择了交易相对人，但不知道对方意向、交易条件，因而委托居间人询问、沟通、调查等，并最终在居间人的磋合下达成合同。而后一种媒介居间，则由居间人推荐介绍相对人（报告居间），委托人选择相对人后，居间人由于对相对人的了解进一步深入下去，参与双方的磋商和谈判。从本案三方签订的货物运输协议书来看，即是典型的报告居间基础上的媒介居间。

(2) 姚理安是否已完成居间行为。居间合同为诺成合同，只要当事人意思表示一致即可成立，不以当事人的现实交付为成立生效要件。本案属于媒介居间，姚理安作为居间人受原告刘炳君的委托介绍原告刘炳君与司机张如曦订立了货物运输合同，姚理安的居间合同已经全面履行完毕。原告刘炳君与司机张如曦订约成功后，其运输合同能否得到适当正确的履行，按照《合同法》的规定，只要居间人在居间服务时并无故意提供虚假信息的恶意，居间人姚理安不负担合同责任。

(3) 姚理安是否违背了居间合同中居间人应负担的义务。因为为委托人提供相对人或第三人的信息是居间人从事任何居间活动都必须具备的内容，而且委托人完全信赖居间人的信息而行为，因此居间人提供的信息必须真实可靠。我国《合同法》专门规定了居间人的如实告知义务："居间人应当就有关订立合同的事项向委托人如实告知。居间人故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况，损害委托人利益的，不得要求支付报酬并应当承担损害赔偿责任。"根据上述规定和一般侵权归责原则，居间人承担赔偿责任应具备四个条件：第一，故意不提供全面或真实信息，给委托人造成损害。如果是由于居间人的过失，如疏忽大意或居间人不知道的重要事实而造成损害，则居间人不承担责任。第二，有实施侵害委托人利益的客观行为，即必须有隐瞒与订立合同有关的重要事实或提供虚假情况的行为。第三，须有损害事实的发生。第四，居间人的行为与损害后果有因果关系。本案中，刘炳君未能提供任何证据证明姚理安在居间服务时没有尽到居间人如实告知的义务，也没有证据

证明被告姚理安与原告货物丢失的损害后果有因果关系，因此，其无权要求姚理安承担损害赔偿责任。其货物丢失的责任因基于原告刘炳君与司机张如曦之间的货物运输合同关系，应另行起诉司机张如曦未完全履行运输合同而违约。





保险合同



68. 未经被保险人书面表示同意，保险合同是否有效？

【案情】

2009年4月，游伟向保险公司投保了3份人身意外伤害保险，保险合同约定游伟的表姐曲英为被保险人，游伟为受益人，保险期限为2009年4月21日零时起至2011年4月20日24时止。游伟持曲英的身份证填写了投保单，并支付了全额保险费。之后，保险公司向游伟出具了保险单。2010年7月，曲英在乘车游玩过程中，所乘客车发生交通事故，结果造成曲英重伤，经医院抢救无效后死亡。经过交警部门认定，此次事故属正常交通事故，曲英在此次事故中不负事故责任。游伟要求保险公司按照保险合同给付保险金，但保险公司认为曲英是具有完全民事行为能力的成年人，游伟签订的保险合同没有经过曲英的书面同意并认可该保险金额，所以游伟对曲英的生命和身体不具有保险利益，游伟无权要求保险公司承担赔偿责任。双方为此发生纠纷。游伟遂起诉至人民法院，请求法院判令保险公司按照保险合同承担赔偿责任。

【争鸣】

■ 游伟提出，尽管自己投保时未出示被保险人曲英表示同意的书面证据，但保险公司未表示异议，签发了保单、收取了保费。因此，应认为合同已经成立生效，保险公司不得在发生事故后以此为借口拒绝赔偿。

■ 保险公司提出，游伟和保险公司签订的保险合同是以死亡为给付保险金条件的合同，而该合同未经被保险人曲英的书面同意，可见，

该保险合同违反了《保险法》所规定的保险利益原则，合同应当归于无效。合同无效后，游伟和保险公司就无任何可期待利益，因此，游伟无权要求保险公司承担赔偿责任，而保险公司应当将收取的保险费返还游伟。



【律师点评】

人身保险合同是指以人的生命或身体为保险标的，以被保险人的生、死、残疾为保险事故的保险合同。当被保险人因意外事故、意外灾害、疾病、衰老等原因导致死亡、残疾或丧失劳动能力或年老退休，或在保险期间届满生存时，保险人应当按照约定向被保险人给付保险金或年金。《保险法》第10条规定："保险合同是投保人与保险人约定保险权利义务关系的协议。投保人是指与保险人订立保险合同，并按照保险合同负有支付保险费义务的人。保险人是指与投保人订立保险合同，并承担赔偿或者给付保险金责任的保险公司。"第12条规定："人身保险的投保人在保险合同订立时，对被保险人应当具有保险利益。财产保险的被保险人在保险事故发生时，对保险标的应当具有保险利益。人身保险是以人的寿命和身体为保险标的的保险。财产保险是以财产及其有关利益为保险标的的保险。被保险人是指其财产或者人身受保险合同保障，享有保险金请求权的人。投保人可以为被保险人。保险利益是指投保人或者被保险人对保险标的具有的法律上承认的利益。"第31条规定："投保人对下列人员具有保险利益：（一）本人；（二）配偶、子女、父母；（三）前项以外与投保人有抚养、赡养或者扶养关系的家庭其他成员、近亲属；（四）与投保人有劳动关系的劳动者。除前款规定外，被保险人同意投保人为其订立合同的，视为投保人对被保险人具有保险利益。订立合同时，投保人对被保险人不具有保险利益的，合同无效。"第34条规定："以死亡为给付保险金条件的合同，未经被保险人书面同意并认

可保险金额的，合同无效。依照以死亡为给付保险金条件的合同所签发的保险单，未经被保险人书面同意，不得转让或者质押。父母为其未成年子女投保的人身保险，不受第一款规定限制。”

保险利益原则是指保险利益构成保险合同的效力要件，对于保险合同的效力具有基础评价意义。以死亡为给付保险金条件的合同必须要经过被保险人的书面同意和认可，经被保险人的同意是指保险合同约定的保险金额事先经过了被保险人的书面同意；经被保险人认可是指投保人和保险人订立的人身保险合同所约定的保险金额，在合同成立时经由被保险人予以确认。投保人以被保险人的寿命为保险标的，订立人身保险合同，合同中约定给付保险金的条件为被保险人的死亡。在这种场合，被保险人的人身安全利益应当受到特别的尊重，保险合同约定的保险金额过大或者未经被保险人的同意，对有不良动机的投保人而言，均有可能促使其采取行动危及被保险人的生命，以骗取保险金。因此，法律对此严格规定，就是要防止投保人利用保险合同谋财害命或追求其他道德危险，借以保护被保险人的人身安全。

在本案中，曲英是具有独立生活能力和完全民事行为能力的成年人，而游伟在签订保险合同时未经被保险人曲英的书面同意，因此游伟对曲英的寿命和身体不具有法律上认可的保险利益，而且游伟也未能举证证明曲英同意投此保险，因而游伟与保险公司签订以曲英寿命和身体为标的的保险合同，违反了《保险法》第12条的禁止性规定，有损曲英的合法利益。因此，应当认定该保险合同无效。保险公司办理保险业务的首要要素就是审查投保人对保险标的是否具有保险利益。在本案中，保险业务员和审查人员均未审查游伟的投保书就盖章签发保险单，致使保险合同无效，因此，该保险公司应承担由此产生的主要损失。

69. 保险合同中未经明确说明的免责条款是否有效?

【案情】

甄元京购买了一辆小轿车，并到某保险公司投保。保险单正面记载：号牌号码为待领，行驶区域为国内，保险期间为 2009 年 1 月至 2010 年 1 月。保险单正面还规定："详细阅读所附保险条款，特别是有关责任免除的部分。"所附保险条款第 5 条载明："除本合同另有书面约定外，发生保险事故时保险车辆没有交管部门核发的行驶证和号牌，保险人均不负责赔偿。"2009 年 8 月某日，保险车辆在外地发生交通事故，甄元京支付了车辆修理费。之后，甄元京遭到保险公司拒赔，保险公司的理由是投保人只持有临时行驶车号牌而没有正式的行驶证，且该号牌注明只限在本市内行驶，故根据保险条款第 5 条应以拒赔。经协商未果，甄元京向人民法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 甄元京提出，自己持有临时行驶证，不属于"发生保险事故时保险车辆没有交管部门核发的行驶证和号牌"。超出范围驾车也不应视为无行驶证。保险单正面关于号牌号码、行驶区域以及保险期间这三项的记载足以证明保险合同"另有书面约定"。根据《保险法》第 30 条的规定，双方对保险条款的理解也存在争议，应作出对保险人不利的解释，保险人不应免责。保险公司仅用书面提醒投保人注意免责条款，远未尽到《保险法》第 17 条的明确说明义务，因此该免责条款无效。

■ 保险公司提出，保险单正面关于号牌号码、行驶区域以及保险期间这三项的记载尚未能构成对免责条款的排除适用。保险条款已对免责

事由作了明确规定，发生交通事故时原告超出范围驾车，投保车辆应视为无合法号牌，保险人应免责。



【律师点评】

《保险法》第17条规定："订立保险合同，采用保险人提供的格式条款的，保险人向投保人提供的投保单应当附格式条款，保险人应当向投保人说明合同的内容。对保险合同中免除保险人责任的条款，保险人在订立合同时应当在投保单、保险单或者其他保险凭证上作出足以引起投保人注意的提示，并对该条款的内容以书面或者口头形式向投保人作出明确说明；未作提示或者明确说明的，该条款不产生效力。"保险人在订立保险合同的过程中处于优势地位，很可能事先拟订一些不利于投保人的格式条款。为保护投保人的利益，法律规定了保险人对保险合同中免责条款的说明义务。因为投保人对保险业务比较陌生，有可能全然不知免责条款的存在，或者不了解免责条款的法律意义，如果保险人事先不作详细说明，无异于投保人被强迫接受该条款，有悖于合同自愿原则。最高人民法院的一个批复中提到："明确说明"是指保险人对于免责条款，除了在保险单上提示投保人注意外，还应当对有关免责条款的概念、内容及其法律后果等，以书面或者口头形式向投保人作出解释，以使投保人明了该条款的真实含义和法律后果。在本案中，保险公司仅在保险单中用书面提示投保人注意免责条款，显然难谓尽到了明确说明的义务，因此该免责条款不产生法律效力。

即使保险公司能证明自己确实尽到了明确说明的义务，还存在对该免责条款进行解释的问题。就一般的解释规则而言，对投保人来说，其投保目的是希望在发生意外事故造成经济损失时，由保险人给予赔偿。如果保险人对投保人只持有临时行驶证这个期间的保险事故不予以赔偿，一个理性的投保人就不必在这时投保，或者将保险期间约定在自交

管部门核发了正式的行驶证之日起算。另一方面，保险监管部门制订该免责条款的真实意图是，促使投保人避免在保险车辆不具适于行驶的安全性能时驾驶。而本案的保险车辆有临时行驶证，证明其具备适于行驶的安全性能，因而不属于保险人免责的范围。如果将行驶证解释成正式的行驶证，那么，保险人对合同成立时起至交管部门核发正式的行驶证时止这段期间的保险事故不承担任何责任，却白白收取保险费，明显是不公平的。另外，即使保险车辆超出范围行驶，也没有增大保险标的的风险，保险人将其作为免责事由是不合理的。

《合同法》第 41 条规定："对格式条款的理解发生争议的，应当按照通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款不一致的，应当采用非格式条款。"《保险法》第 30 条规定："采用保险人提供的格式条款订立的保险合同，保险人与投保人、被保险人或者受益人对合同条款有争议的，应当按照通常理解予以解释。对合同条款有两种以上解释的，人民法院或者仲裁机构应当作出有利于被保险人和受益人的解释。"在订立保险合同时，保险人明知保险车辆还未获得正式的行驶证，投保人会合理地认为临时行驶证属于行驶证，却出于故意或过失不对这个概念加以详细解释，也不告知投保人不能跨区间驾车，就应当对表述不清承担不利的后果。又由于格式保险条款在投保人填写保险单之前就已存在，保险单正面的记载事项可以视为对格式条款的变更：保险期间由从核发行驶证之时起变为自记载之日起，行驶区域由临时行驶证限定的区域变为全国范围。保险人本应对这种正常的理解作进一步说明，却没有做到，作对其不利的解释也不为过。退一步讲，即使认为临时行驶证不属于本案保险条款所说的行驶证，保险单正面关于号牌号码、行驶区域以及保险期间这三项的记载也足以证明该保险合同"另有书面约定"，构成对保险条款第 5 条的排除适用。

70. 擅自转移投保物发生事故的，保险人应否承担保险责任？

【案情】

2008年3月，甲公司与保险公司签订了一份财产保险合同，合同约定甲公司将其自有的固定资产和流动资产全部投入保险，保险期限从2008年3月23日零时起至2012年3月22日24时止，甲公司所投保的流动资产全部放于甲公司的仓库和车间中，并在合同所附简图中标明了仓库和车间的所在位置。2010年8月，甲公司因与乙公司有生意上的往来，将部分货物发给乙公司，在乙公司收货后，乙公司将货物存于自己本公司的仓库内。8月20日，因当地持续高温，该批货物发生自燃，货物全部烧毁。事故发生后，甲公司即向保险公司报告了损失，并要求保险公司予以赔偿。保险公司经调查后，认为甲公司将投保标的物擅自转移，致使保险项目变更，因此该批货物的损失不属于保险公司的赔偿范围，保险公司以此为由拒绝赔偿。双方为此发生纠纷。甲公司遂起诉至人民法院，请求法院判令保险公司对其货物的损失承担赔偿责任。

【争鸣】

■ 甲公司提出，该公司和保险公司签订的财产保险合同系双方当事人的真实意思表示，且内容不违反法律、法规的强制性规定，因此该合同合法有效。合同签订后，甲公司即支付了全额保险费，可见甲公司按照合同约定履行了自己的义务。在保险合同有效期内，甲公司的财产发生保险事故，保险公司应当对其损失承担赔偿责任。



■ 保险公司提出，甲公司和保险公司签订的财产保险合同约定了甲公司投保标的的存放地点，但是甲公司在未通知保险公司的情况下，擅自转移保险标的的存放地点，致使保险标的的危险程度增加，因此保险公司不应承担保险责任。



【律师点评】

财产保险合同是指投保人与保险人订立的，投保人向保险人交付保险费，以各种财产和与财产相关的经济利益为保险标的，保险人承保上述各类保险标的因遭受自然灾害或意外事故所造成经济损失的赔偿责任的保险合同。企业财产保险合同具有以下特征：(1)它是一种要式合同，《保险法》第13条规定："投保人提出保险要求，经保险人同意承保，并就合同的条款达成协议，保险合同成立。保险人应当及时向投保人签发保险单或者其他保险凭证，并在保险单或者其他保险凭证中载明当事人双方约定的合同内容。经投保人和保险人协商同意，也可以采取前款规定以外的其他书面协议形式订立保险合同。"合同当事人必须采取法定的书面形式订立保险合同，如保险单、保险凭证等。(2)财产保险合同是一种双务有偿合同，合同当事人双方互负相应的义务。一方面，投保人应当按照保险合同的约定交纳保险费，另一方面，保险人在合同有效期内，对合同所约定的保险事故有向投保人支付赔偿金或保险金的义务。(3)财产保险合同是附合合同，即合同一方当事人对另一方提出的条件只限于表示服从、接受或拒绝而成立的合同。(4)财产保险合同是射幸合同。在财产保险合同中，投保人交付保险费的义务是确定的，保险人仅在特定的不可预料的保险事故发生时，负有支付保险金的义务。具体而言，在保险合同有效期内，如果发生保险标的损失，则被保险人将获得成百上千倍于保险费的保险金；如果没有发生保险标的损失，则投保人丧失所交的保险费，保险人有收取保险

费的权利而无支付保险金的义务。由此可见，投保人同意支付保险费、保险人同意承保特定的危险而成立的企业财产保险合同，最大特点就是承保的危险具有不确定性，这里决定当事人分担标的损失的只是机会。但是，不能因为射幸性这一特征而否定保险事故发生时保险人给付保险金义务的确定性。也正基于此，保险人才十分关心和注意保险标的发生保险事故的可能性，并以此决定是否承保以及保险费率的高低。在订立企业财产保险合同时，这种可能性只能根据保险标的当时的实有状态来评价。

《保险法》第52条规定："在合同有效期内，保险标的的危险程度显著增加的，被保险人应当按照合同约定及时通知保险人，保险人可以按照合同约定增加保险费或者解除合同。保险人解除合同的，应当将已收取的保险费，按照合同约定扣除自保险责任开始之日起至合同解除之日止应收的部分后，退还投保人。被保险人未履行前款规定的通知义务的，因保险标的的危险程度显著增加而发生的保险事故，保险人不承担赔偿保险金的责任。"危险程度增加是指订约当时未曾预料或未予估计的危险可能性的增加，如果订约时已经估计到，则不属于此列。履行危险程度增加通知的义务是被保险人有目的的行为所致，则应事先通知；其他原因造成危险程度增加的，应事后及时通知；法律有规定或合同有约定的，在法定或约定的期限内通知。从一定意义上说，危险增加的通知义务是诚实信用原则对投保人要求的告知义务在保险合同履行期间的延伸。由于保险标的、坐落地点在内的保险事项的变更可能会引起保险标的危险程度的增加，因此，我国《保险法》对变更保险合同做出了明确具体的规定。此外，保险人是根据承保的保险标的的危险程度决定保险费率的高低的，一旦危险程度增加，保险人承担的责任就必然加重。如果被保险人不将危险程度增加的情况及时通知保险人，就会导致保险人收取较低的保险费却承担较高的危险责任，这显然与订立合同的公平、等价有偿原则相悖。

本案中，甲公司的货物损失是由火灾引起的，而该火灾是由货物自燃所致，可见，甲公司所投保标的自身就具有导致保险事故发生的可能性。保险标的所在地点不同，其周围温度、湿度等相关条件的变化都是增加或减少危险程度的重要因素。甲公司将货物运至乙公司，而乙公司所在地正处于高温季节，这就使得保险标的的危险程度增加。因此可以认定，保险标的因被保险人甲公司转移坐落地点而导致危险程度增加是客观存在的事实。在保险合同有效期内，因保险标的危险程度增加而发生的保险事故，保险公司是否承担赔偿责任主要取决于被保险人甲公司在这种情况下是否履行了危险增加的通知义务，这一义务是法定义务。甲公司在保险标的的坐落地点改变、危险程度增加的情况下，并未依法履行通知义务。因此，对因此而导致的损失只能自行承担，保险公司不应承担赔偿责任。



71. 财产重复保险的，能否获得双倍赔偿？



【案情】

2000年5月，田弘杰向甲保险公司投保了家庭财产保险及附加盗窃险，保险合同约定保险金额为2.5万元，保险期限为2000年5月26日零时起至2004年5月25日24时止。7月，田弘杰所在公司为每名职工在乙保险公司投保了家庭财产保险及附加盗窃险，每人的保险金额为2.5万元，期限为2000年7月7日零时起至2003年7月6日24时止。甲保险公司和乙保险公司都向田弘杰出具了保险单。2002年3月，田弘杰出差回家后，发现家中财产被盗，田弘杰及时向派出所报案，并同时通知了两家保险公司。经公安局现场勘验后认定，田弘杰被盗物品价值2.5万元。因公安机关一直未能破案，田弘杰便向两家保险公司提出各赔偿2.5万元的要求。但两家保险公司都以田弘杰重复投保，造成保险合同无效为由拒绝赔偿。田弘杰遂起诉至人民法院，请求法院判令甲保险公司和乙保险公司按保险合同的约定各赔偿2.5万元。

【争鸣】

■ 田弘杰的代理人提出，田弘杰与两家保险公司签订的家庭财产保险合同系当事人的真实意思表示，且内容不违反法律、法规的强制性规定，因此这两份保险合同都是合法有效的。在田弘杰家中财产被盗后，两家保险公司都应当按照保险合同对其损失承担赔偿责任。甲保险公司承担赔偿责任与乙保险公司承担赔偿责任没有直接关系，因此田弘杰有权获得双份赔偿。

■ 保险公司的代理人提出，尽管田弘杰与两家保险公司签订的家庭



财产保险合同是合法有效的，但田弘杰在两家保险公司重复保险，按照《保险法》的有关规定，田弘杰不能获得超过保险价值的赔偿，两家保险公司应当按照其保险金额和保险金额总和的比例对田弘杰的损失予以赔偿。



【律师点评】

《保险法》第5条规定："保险活动当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则。"第56条规定："重复保险的投保人应当将重复保险的有关情况通知各保险人。重复保险的各保险人赔偿保险金的总和不得超过保险价值。除合同另有约定外，各保险人按照其保险金额与保险金额总和的比例承担赔偿保险金的责任。重复保险的投保人可以就保险金额总和超过保险价值的部分，请求各保险人按比例返还保险费。重复保险是指投保人对同一保险标的、同一保险利益、同一保险事故分别与两个以上保险人订立保险合同，且保险金额总和超过保险价值的保险。"重复保险是指投保人对同一保险标的、同一保险利益、同一保险事故分别向两个以上保险人订立保险合同的保险。重复保险有广义和狭义两种。广义的重复保险包括两种情形：(1)重复保险的保险金额之总额未超过保险标的的价值；(2)重复保险的保险金额的总额超过保险标的的价值。狭义的重复保险则仅指广义之重复保险的第二种情形。我国《保险法》第41条采用的是广义之立法。重复保险必须同时具备三个条件：第一，必须是投保人与两个以上保险人分别订立几个保险合同。如果投保人与数个保险人共同订立一个保险合同，则属于共同保险的问题。第二，必须是基于同一保险标的、同一保险利益和同一保险事故。如果对于非同一的保险利益，订立几个保险合同，也仍不能构成重复保险合同。第三，必须具有相同的保险期间，即保险事故的发生必须是在共同的保险期间内，否则如果保险期间各异，则仍不是重复

保险合同。

根据《保险法》第41条的规定，投保人与数个保险人订立重复保险合同时，应当将订立重复保险合同的有关情况通知对方。在不同的时间先后订立重复保险合同的，在订立后一个重复保险合同时，应当将前一个保险合同的有关情况通知保险人；在后一个重复保险合同订立后，应当将该合同的有关情况及时通知前一个保险合同的保险人；在不同的时间先后订立超过两个以上的重复保险合同的，应当分别通知各保险人。对于重复保险的通知义务，是保险人的知情权和决定赔偿数额的重要依据。我国保险法规定重复保险投保人负通知义务的理由，主要是避免投保人利用重复保险合同，故意使其保险金额的总额超过保险价值而从中渔利。因此，重复保险中投保人的通知义务的意义就在于杜绝投保人恶意利用重复保险，而图谋不当得利。我国《保险法》没有就投保人违反通知义务的法律后果做出规定，《保险法》只是就一般保险合同中投保人违反如实告知义务做出了规定。但是，《保险法》所规定的关于违反如实告知义务的原则并不适用于重复保险。投保人如果没有违反重复保险的通知义务，保险人不得以违反如实告知义务为由，解除重复保险合同或不承担保险责任，即不能适用违反如实告知义务的规定。因为重复保险制度的目的在于防止投保人谋取不当得利和避免保险人的超额赔偿，即降低投保人超额保险的道德危险，而如实告知义务的目的，则在于确定和控制保险危险的程度。

在本案中，田弘杰就其家庭财产在两家保险公司均投保，在同一保险期间内就同一保险事故分别向两家保险公司主张同一保险利益，因此属于重复保险。由于重复保险合同是双方当事人自愿签订的，而我国法律对此又未予以禁止，所以田弘杰与两家保险公司分别签订的财产保险合同均为有效合同，两家保险公司以重复保险合同无效为由拒不承担赔偿责任的理由不成立。那么，田弘杰能否依照两份合法有效的保险合同获得双份赔偿呢？《保险法》第55条规定："投保人和保险人约定保险

标的的保险价值并在合同中载明的，保险标的发生损失时，以约定的保险价值为赔偿计算标准。投保人和保险人未约定保险标的的保险价值的，保险标的发生损失时，以保险事故发生时保险标的的实际价值为赔偿计算标准。保险金额不得超过保险价值。超过保险价值的，超过部分无效，保险人应当退还相应的保险费。保险金额低于保险价值的，除合同另有约定外，保险人按照保险金额与保险价值的比例承担赔偿保险金的责任。”保险金额低于保险价值的，除合同另有约定外，保险人按照保险金额与保险价值的比例承担赔偿责任。”第56条第2款规定：“重复保险的各保险人赔偿保险金的总和不得超过保险价值。除合同另有约定外，各保险人按照其保险金额与保险金额总和的比例承担赔偿保险金的责任。”可见，财产保险合同以赔偿被保险人的实际财产损失为目的，被保险人仅有权按其实际损失请求保险人赔偿，不得获得超过其实际损失以上的赔偿。就本案而言，两家保险公司的保险金额总和为5万元，其承担责任的比例相等，它们对于田弘杰受到的2.5万元的经济损失应当平均分担，即各承担1.25万元的赔偿责任。《保险法》第60条第1款规定：因第三者对保险标的的损害而造成保险事故的，保险人自向被保险人赔偿保险金之日起，在赔偿金额范围内代位行使被保险人对第三者请求赔偿的权利。田弘杰从保险公司获得赔偿后，必须将对第三人的求偿权让给保险公司，即保险人享有代位求偿权，本案破案后追回的财产应当归保险人所有。





旅游合同



72. 导游口头承诺退款的，是否有效？

【案情】

某厂20名职工向某旅行社订购“北京8日游”旅游票20张，旅行社收取人民币2万元，并开具发票。行前双方口头约定：(1)旅途往返乘特快列车，抵京后专车接到住宿地；(2)在京游览安排4天专用车；(3)在京游览15个风景点。某厂20名职工在导游陪同下乘坐直达列车赴京旅游。抵达后，因旅行社未派车来火车站接，迫使20名旅游者自己乘地铁步行至住宿地。游览中，因旅行社未作周密合理安排，致使旅游团候车达4小时之久，未能按原订计划游览中山公园和军事博物馆。旅行社数次违约，引起旅游者的极大不满。旅游者与导游协商后达成退款协议，约定：某旅行社退给某厂20名职工人民币1000元。某厂20名职工乘坐特快列车返回。事后，某旅行社法定代表人对退款协议不予追认，并申明退款协议无效，因此产生纠纷。双方多次磋商违约金数额未能达成一致意见，某厂20名职工向法院提起诉讼。

【争鸣】

■ 某厂职工提出，某厂20名职工已经向旅行社交付了旅游费用，那么就理所当然有接受旅行社按照合同约定履行义务而得到服务的权利，双方口头订立的旅游合同有效。某旅行社未按合同约定旅行义务，游客有权要求退款。导游作为某旅行社工作人员，代表旅行社与游客达成的退款协议合法、有效。旅行社应当按协议履行退款义务。

■ 旅行社提出，双方就口头订立的旅游合同没有争议，具有法律效力。而退款协议系旅行社导游与旅游者协商的结果，导游不是旅行社的



法定代表人，因此由其订立的退款协议无效。旅行社不具有按照该协议退款的义务。具体的退款事宜应当由旅行社法定代表人与游客协商处理。



【律师点评】

本案中，要解决争议的焦点问题，即当事人双方的口头订立的旅游合同和退款协议是否有效，首先必须搞清楚旅游合同的概念以及旅游合同应具备的条款。所谓旅游合同是旅游者和旅行社、旅馆、旅游交通运输部门以及其他旅游活动涉及的部门之间达成的、规定双方权利义务关系的协议。旅游合同是一种无名合同。依《合同法》一般理论，旅游合同一般包括以下条款：（1）标的。旅游合同的标的主要是行为。一般包括旅游业经营者为旅游者提供食、宿、交通、导游等服务。（2）数量及质量。主要是指为旅游者提供的饭店、旅馆、车辆等设备以及导游人员的服务水平、服务质量。（3）价款或酬金。是指旅游业经营者为旅游者提供的食、住、交通、导游服务本身的价格或为旅游者提供这些服务旅游者应支付的报酬。旅游收费标准，重要的旅游价格由国家物价局和国家旅游局管理，比较重要的旅游价格由地方各级人民政府物价部门和旅游主管部门管理。（4）旅游合同履行的期限和地点。旅游业经营者应按合同约定的时间为旅游者提供旅游地点，不得擅自改动旅游合同及变换旅游地点。（5）违约责任。合同双方可以在合同中约定违约方应承担违约金、赔偿损失等违约责任。

旅游合同一经订立，必须按照合同所规定的标的如实履行，而不得任意变更合同标的，旅游合同的对象通常是指自然风貌、社会风貌和名胜古迹等。人们进行游览即是通过对这些特定对象的观赏获得精神满足。如旅游合同不能实际履行，旅游者无法获得这种精神满足，旅游合同的目的便不能实现。旅游合同纠纷中，除因旅游业经营者组织安排不妥而擅自取消旅游外，还大量存在旅游业经营者服务“缩水”现象，即只履

行了合同义务的一部分或履行了义务但服务质量不符合合同规定。这种部分不履行或不正确履行会给旅游者造成损害(包括物质上的和精神上的)，不履行合同方要承担违约责任。部分不履行或不正确履行旅游合同所应承担的违约责任形式与全部不履行相同。《旅行社条例》第28条规定："旅行社为旅游者提供服务，应当与旅游者签订旅游合同并载明下列事项：(一) 旅行社的名称及其经营范围、地址、联系电话和旅行社业务经营许可证编号；(二) 旅行社经办人的姓名、联系电话；(三) 签约地点和日期；(四) 旅游行程的出发地、途经地和目的地；(五) 旅游行程中交通、住宿、餐饮服务安排及其标准；(六) 旅行社统一安排的游览项目的具体内容及时间；(七) 旅游者自由活动的时间和次数；(八) 旅游者应当交纳的旅游费用及交纳方式；(九) 旅行社安排的购物次数、停留时间及购物场所的名称；(十) 需要旅游者另行付费的游览项目及价格；(十一) 解除或者变更合同的条件和提前通知的期限；(十二) 违反合同的纠纷解决机制及应当承担的责任；(十三) 旅游服务监督、投诉电话；(十四) 双方协商一致的其他内容。"

在本案中，双方虽未有书面合同具体约定旅游活动中的相关服务，但某厂20名职工持有某旅行社开具了发票的旅游票，双方对其口头约定无争议，且口头约定也是法律允许采用的合同形式，应承认其效力。依此口头约定，旅游者旅途往返应乘特快列车，而旅行社却安排20名职工乘直达列车至北京；约定抵京后旅行社出专车接20名职工至住宿地，却未派专车来接，致使20名职工自己乘地铁步行到住宿地；约定在京游览15个风景点，而实际上却少游了2个景点。该旅行社在以上三点违反了合同约定，致使旅游者的合法权益受到了损害。《最高人民法院关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的规定》第17条规定："旅游经营者违反合同约定，有擅自改变旅游行程、遗漏旅游景点、减少旅游服务项目、降低旅游服务标准等行为，旅游者请求旅游经营者赔偿未完成约定旅游服务项目等合理费用的，人民法院应予支持。旅游经营者提供服

务时有欺诈行为，旅游者请求旅游经营者双倍赔偿其遭受的损失的，人民法院应予支持。”“有损害就应有赔偿”，且该旅行社不存在任何免责情形，主观上亦有过错，故旅行社未履行部分的价款应返还给20名职工。另外，旅行社还应向某厂20名职工支付惩罚性违约金。

某旅行社导游与20名职工达成退款协议后，某旅行社法定代表人对该协议不予追认，主张退款协议无效，这涉及到一个民法问题——职务代理。依民法理论和我国的法律规定，法人对其工作人员的职务行为承担民事责任。本案中，某旅行社导游与20名职工所签退款协议应属职务代理行为，属有效代理，无须某旅行社法定代表人的追认(只有无权代理才会涉及追认的问题)，某旅行社应对其工作人员的职务行为承担民事责任，即退款协议合法有效，某旅行社应执行该协议，向某厂20名职工退款。



73. 导游擅改行程导致游览计划无法实现的，旅行社应否赔偿？

【案情】

某旅行社组织20多人去北京旅游。按照行程计划，到达北京的第二天游长城，但导游未与旅游者协商，擅自将游长城的行程改为第三天。就在第二天晚上，一场突如其来的大雪使旅游车无法去长城，游长城计划被迫取消。游客返回后，要求旅行社按照规定双倍赔偿长城门票。而旅行社则称，双方的合同中已有声明："旅行社在保证不减少行程的前提下，保留调整行程的权利。"只愿意原价退还长城门票，拒绝赔偿。于是双方发生争执，引起诉讼。

【争鸣】

■ 游客提出，游长城计划取消的原因不是不可抗力造成的，而是旅行社违约行为。旅游合同中关于"旅行社在保证不减少行程的前提下，保留调整行程的权利"的声明显失公平，不具有法律效力。也就是说，这样的声明对游客不具有约束力，所以旅行社应当承担赔偿责任。

■ 旅行社提出，旅游合同中已经声明，"旅行社在保证不减少行程的前提下，保留调整行程的权利。"就是说，旅行社和导游都有调整行程的权利。况且游长城计划的取消是不可抗力造成的，旅行社没有过错，所以不承担赔偿责任。



【律师点评】

本案中，更改行程是否构成违约，旅行社的事先声明是否有效？这是解决本案的关键。根据《合同法》的规定，不可抗力就是指“不能预见、不能避免并不能克服的客观情况”。从表面上看，游长城计划被取消的直接原因的确是由于不期而至的大雪，属于不可抗力。但实际情况是，只要导游按照原预定计划履行合同，不擅自改变行程，完全可以在大雪到来前完成游长城的计划，避免这起纠纷。游长城计划的被迫取消是导游违反规定人为造成的，擅自更改行程构成了违约，旅行社对此应承担赔偿责任。



假设另外两种情况：(1)如果旅游合同中游长城的计划本来就安排在第三天，旅游计划的取消毫无疑问属于不可抗力，旅行社只需退还景点门票即可，不需要承担赔偿责任。(2)如果在旅游过程中，为了旅游行程更为合理、方便，经过导游与游客协商，导游变更行程的行为得到全体游客的同意，将原定第二天和第三天的项目调换，那么即使发生上述景点被迫取消的情况，旅行社也只需要退还景点门票，不需要承担赔偿责任。因为在这种情况下，导游(旅行社)和游客对原合同内容的履行顺序作出了协议变更，形成了新的合约关系，旅行社按照新的合约履行义务受法律保护。当然，旅行社应承担举证责任，如果没有有力证据证明得到了游客的同意，旅行社仍然应当按照违约责任对游客进行赔偿。

但是，在双方签订的旅游合同中，有“旅行社在保证不减少行程的前提下，保留调整行程的权利”的声明，那么，该声明是否可使旅行社免责呢？答案是否定的，理由如下：

(1) 根据《合同法》的规定，合同签订后，双方当事人应当本着诚实信用的原则，严格按照合同的规定，全面履行合同约定义务，正当行使自己的权利，当事人不能轻易违反约定，擅自变更旅游合同。具体而

言，旅行社与游客签订旅游合同时，已经收取了游客的团款，游客履行了支付团款的义务。按照权利义务对等的原则，旅行社应当履行提供约定的服务义务。根据《合同法》的规定，有效合同签订后对签约各方都具有约束力，任何一方无正当理由不履行、不完全履行或不恰当履行合同的条款，就构成违约行为，对方就有权要求违约方支付违约金或赔偿损失。

(2) 根据合同自愿原则，合同双方当事人可以就合同的签订、履行、转让、变更、解除等内容自愿达成协议，这样达成的协议应当受到保护和尊重。在履行旅游合同的过程中，旅行社和游客有权就双方的权利义务协商一致，在此基础上进行变更。旅游合同变更的关键是应当符合程序，充分尊重双方当事人的意见，任何一方擅自变更就是违约，就要承担相应的违约责任。因此，旅行社擅自改变行程的做法实属违约，应当承担赔偿责任。

(3) 旅游合同通常是格式合同，其条款都是旅行社拟定的。旅行社和游客作为完全平等的民事主体，在民事活动中各自拥有的权利和义务是对等的，旅行社和游客不能将自己的意志强加给对方。如果旅行社的这则声明成立的话，旅行社就拥有随时调整旅游行程的权利，按照民法、《合同法》关于公平、平等原则的精神，那就是意味着旅游者同样拥有随意变更旅游行程的权利。假如真的是这样，那我们可以肯定，这样的旅游合同难以得到全面适当的履行。因为旅游者和旅行社一样，也会出于各种考虑，随时提出变更旅游行程，那么双方订立旅游合同还有什么意义?而事实上，游客在履行合同过程中不拥有此项权利，一旦游客提出变更行程，旅行社会以执行旅游计划为由予以拒绝。如果旅游者在旅游途中单方变更行程，通常意味着旅游者放弃某些旅游项目，而旅游者主动放弃权利，既不能退团款，也无法得到赔偿。不难看出，旅行社这则声明在给自己增加变更合同权利的同时，剥夺了游客的变更权。旅行社这样的声明本身就是对公平精神的违背。按《合同法》第 40 条的规定，提

供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效。因而，该合同条款对旅游者不具备约束力。在旅游合同中，消费者有权要求经营者依照约定的游览景点、交通食宿安排及条件、价格、导游服务等提供服务。经营者不经过消费者同意，擅自改变旅游景点和增加收费；不按约定的旅游景点、交通食宿安排、价格、全程合计时间提供服务的，消费者有权解除合同，并根据实际情况要求退还部分或全部价金，造成损失的，还应赔偿消费者的损失。

(4) 签订旅游合同的目的，就是为了稳定旅行社与游客之间的交易行为，对双方当事人产生约束和保护作用，督促双方履行各自的合同义务，实现各自的合同目的。如果旅行社操作真的这么随意，那么干脆不必制定旅游行程计划，任由旅行社安排。因为订立的旅游计划只是一纸空文，对旅行社履行合同并没有起到约束作用。这样的“声明”可能会放纵导游的行为，暴露了一些旅行社管理的松懈和理念的滞后。旅行社的旅游计划通过导游人员实施，导游的工作性质决定了其本身就具有一定的灵活性，旅行社本来应当严格约束导游人员，促使导游人员严格按旅游合同行事，可是旅行社这样的声明不仅不能约束导游的行为，反而给一些不负责任的导游以可乘之机。因为是旅行社毫无限制地赋予导游这种权利，导游似乎找到了随意变更行程的“理由”，其危害性不言而喻：损害了游客的合法权益，最终损害的是旅行社的权益和信誉。

综上所述，旅行社的声明没有法律效力。《最高人民法院关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的规定》第 17 条规定：“旅游经营者违反合同约定，有擅自改变旅游行程、遗漏旅游景点、减少旅游服务项目、降低旅游服务标准等行为，旅游者请求旅游经营者赔偿未完成约定旅游服务项目等合理费用的，人民法院应予支持。旅游经营者提供服务时有欺诈行为，旅游者请求旅游经营者双倍赔偿其遭受的损失的，人民法院应予支持。”其擅自更改行程属违约，应承担相应的赔偿责任。

74. 旅客在房间内遇害的，宾馆应否赔偿？

【案情】

2005年6月，谷正群因公差入住某宾馆。该宾馆是五星级涉外宾馆，内部有规范的管理制度，并安装着安全监控设施。宾馆制订的《宾馆质量承诺细则》置放于客房内，该细则中有“24小时的保安巡视，确保您的人身安全”、“若有不符合上述承诺内容，我们将立即改进并向您赔礼道歉，或奉送水果、费用打折、部分免费，直至赔偿”等内容。当天下午，谷正群经宾馆服务总台登记后，由服务员领入客房。在傍晚时分，歹徒樊军进入宾馆伺机作案，在按谷正群的客房门铃待谷正群开门后，即强行入室将其杀害并抢劫财物，樊军随即离开宾馆。期间，宾馆未对其作访客登记，且对其行踪也未能引起注意。第二天上午，宾馆在打扫卫生时，发现了谷正群的尸体，立即向公安局报案。谷正群的父母在女儿遇害后，精神受到打击，并为料理丧事多次奔波，经济受到一定损失。谷正群的父母认为宾馆电视监控系统形同虚设，保安和安全巡检人员严重失职，犯罪分子在该宾馆内逗留长达三个小时，都无人查验其证件和按照规定进行访客登记，以致对犯罪分子的行为毫无察觉。由于宾馆的不负责任，致使谷正群在入住宾馆期间被犯罪分子杀害，财物被劫。谷正群的遇害与宾馆的过错有因果关系，宾馆应当承担赔偿责任。双方为此发生纠纷。谷正群的父母遂起诉至人民法院，请求法院判令宾馆对谷正群的死亡承担赔偿责任。

【争鸣】

谷正群的父母提出，宾馆对入住的旅客有“24小时的保安巡视，

确保您的人身安全”的承诺，而且保证如果服务不符承诺内容，愿承担包括赔偿在内的责任。宾馆对樊军未进行访客登记，对其反常行为未进行盘查，也没有给予充分注意。宾馆虽有完善的监控设施，却不能切实起到对旅客的保护作用。宾馆没有恪尽职守，放任了樊军实施犯罪行为，可见，宾馆是以不作为的方式实施侵权，宾馆的不作为侵权与樊军的犯罪行为共同导致了谷正群的死亡。宾馆管理过程中的过错，与谷正群之死有法律上的因果关系。而且，宾馆在本案中的责任是多重的，既有侵权责任，也有违约责任。据此，宾馆在承担侵权赔偿责任的同时，还应当依照《合同法》的规定，承担违约法律责任。



■ 某宾馆提出，宾馆与谷正群之间存在着以租赁客房为主和提供相应服务为辅的合同关系；宾馆内部的各项管理规章制度并非该合同条款；宾馆对旅客所作的服务质量承诺，只是相对出租的客房和提供的服务而言。宾馆已按约履行了出租客房和提供相应服务的义务，并未违约。宾馆提醒客人从门上探视镜中看清来访客人再开门，并同时配有自动闭门器、安全链条等设施。谷正群未看清来者即开门，也为樊军犯罪提供了条件。而且，谷正群是因公出差从事商业活动，其住店不是生活消费；即便算“生活消费”，也不符合《消费者权益保护法》中消费者义务单一性和经营性责任单向性两个特征。因此，谷正群与宾馆之间只存在合同关系，对本案不应适用《消费者权益保护法》调整。从本宾馆提供的案发当天进出人员以及 20 个屏幕反映的情况可以看出，由于出入宾馆的人员太多，宾馆确难注意樊军的形迹。宾馆没有注意到樊军的可疑迹象，实乃客观条件所限。只有在本宾馆注意到樊军的异常举动后不采取行动，才是不作为，所以宾馆在履行与谷正群的住宿合同过程中，不存在不履行注意义务的违约事实，也不存在不作为的情节。谷正群之死是樊军所为，樊军的犯罪行为是导致谷正群死亡的唯一原因。宾馆即使有违约过失，但此过失不足以造成谷正群的死亡。总之，宾馆的行为与谷正群之死没有必然因果关系，不应当承担责任。



【律师点评】

宾馆提供的是服务性行为，以向旅客提供与收费相应的住宿环境和服务，来获取旅客付出的报酬。宾馆与旅客之间的关系符合《民法通则》第85条规定："合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议。依法成立的合同，受法律保护。"根据该条规定，宾馆和谷正群之间是合同关系，应当适用合同法律规定来调整。《合同法》第5条规定："当事人应当遵循公平原则确定各方的权利和义务。"第6条规定："当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则。"第60条规定："当事人应当按照约定全面履行自己的义务。当事人应当遵循诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。"任何旅客入住宾馆时，都不会希望自己的人身、财产在入住期间受到侵害；任何宾馆在接待旅客时，也不愿意出现旅客的人身、财产被侵害事件，以致影响自己宾馆的客流量。因此，根据住宿合同的性质、目的和行业习惯，避免旅客人身、财产受到侵害，就成为此类合同的附随义务。按照收费标准的不同，各个宾馆履行合同附随义务的方式也会有所不同，但必须是切实采取有效的安全防范措施，认真履行最谨慎之注意义务，在自己的能力所及范围内最大限度地保护旅客不受非法侵害。住宿合同一经成立，无论宾馆是否向旅客出具口头的或者书面的安全保护或承诺，合同的附随义务都随之产生并客观存在。在本案中，宾馆向旅客承诺"24小时的保安巡视，确保您的人身安全"，是自愿将合同的附随义务上升为合同的主义务，更应当恪尽职守，履行这一义务。

自谷正群登记入住宾馆起，谷正群就与宾馆形成了以住宿、服务为内容的合同关系。在此合同中，宾馆除应履行向谷正群提供与其五星级收费标准相应的房间设施及服务的义务外，还应履行保护谷正群人身、财产不受非法侵害的义务。谷正群是在宾馆内被犯罪分子杀害的。由于

刑事犯罪的突发性、不可预测性和犯罪手段的多样化，作为宾馆来说，尽管认真履行保护旅客人身、财产不受非法侵害的义务，也不可能完全避免此类犯罪事件在宾馆内发生。因此，一旦此类犯罪事件发生，不能以宾馆承担着保护旅客人身、财产不受非法侵害的合同附随义务，就一概认为宾馆负有责任，具体情况必须具体分析。对犯罪造成的危害结果，根据罪责自负的原则，必须由犯罪分子承担刑事和民事的法律责任。宾馆能证明自己确实认真履行了保护旅客人身、财产不受非法侵害的合同义务后，可以不承担责任。

宾馆作为五星级宾馆，已经具备了将宾馆大堂等公共活动区与旅客住宿区隔离的条件。为了适应市场化的要求，宾馆不需要也不可能对进入宾馆大堂等公共活动区的所有人员进行盘查、登记。但是为了住宿旅客的人身、财产安全，宾馆必须、也有条件对所有进入住宿区的不熟识人给予充分注意，在不乏热情的接待、询问中了解此类人员的动向，以及时发现并遏止其中一些人的犯罪企图，保护旅客的安全。事实证明，宾馆并没有配备专门人员负责此项工作，以致罪犯樊军出入谷正群所在的住宿区时，均没有遇到过宾馆工作人员，更谈不上受到注意与询问，因而才能顺利进入客房作案，作案后又从容逃脱，谷正群的尸体在第二天才被发现。宾馆不在旅客住宿区配备负责接待的工作人员，是其工作中的一大失误，这一失误已将旅客置于极不安全的境地，这也是樊军将宾馆选作犯罪地点的根本原因。宾馆虽然在住宿区每个楼层的电梯口都安装了电视监控设备，但是当监控设备已经反映出樊军为等待犯罪时机在不到两小时内7次上下宾馆电梯时，宾馆工作人员未能对这一异常举动给予密切注意。事实证明，由于出入电梯间的客流量较大，这一措施对及时保护旅客的人身、财产安全并不奏效。宾馆没有全面、认真地履行合同义务，自应承担违约责任。宾馆的客房装备着探视镜、自动闭门器和安全链条等设施，并以告示提醒旅客必须看清门外来客时再开门。作为五星级宾馆，这些安全设施应当说是比较完备的。但是宾馆应当知

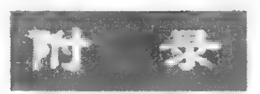
道，旅客来自四面八方，其语言、文化程度、生活习惯、旅行常识有很大差异。在此情况下，宾馆不能认为给客房装备了安全设施、并且用文字提示了安全常识，就是尽到了自己的义务，还必须认真、负责地教会旅客在什么情况下使用以及如何使用这些安全设施，直至旅客形成使用这些设施的习惯。否则，纵有再好的安全设施，也会形同虚设。可见，宾馆在这方面所尽义务是不够的。

《合同法》第113条第1款规定："当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。"宾馆履行义务不符合合同的约定，以致使旅客谷正群陷入危险的环境，应当承担违约责任。但是应当指出，宾馆依法只对其在订立合同时应当预见到的因违反合同可能造成的损失承担赔偿责任。谷正群被害及其财产被劫的损失，必须由杀害谷正群的犯罪分子樊军承担。而且，谷正群作为旅客，时刻注意保护自己的人身、财产安全，也是其在订立住宿合同后应当履行的合同附随义务。谷正群未能充分了解和利用宾馆提供的安全设施，以致给樊军的犯罪提供了条件，在履行合同附随义务中也有过失，因此可以酌减宾馆的违约赔偿数额。

《消费者权益保护法》第7条规定："消费者在购买、使用商品和接受服务时享有人身、财产安全不受损害的权利。消费者有权要求经营者提供的商品和服务，符合保障人身、财产安全的要求。"第18条规定："经营者应当保证其提供的商品或者服务符合保障人身、财产安全的要求。对可能危及人身、财产安全的商品和服务，应当向消费者作出真实的说明和明确的警示，并说明和标明正确使用商品或者接受服务的方法以及防止危害发生的方法。经营者发现其提供的商品或者服务存在严重缺陷，即使正确使用商品或者接受服务仍然可能对人身、财产安全造成危害的，应当立即向有关行政部门报告和告知消费者，并采取防止危害

发生的措施。”从以上规定可以看出，经营者提供商品或者服务，造成消费者人身伤害的，应当赔偿。这些规定是指经营者的商品或服务直接导致消费者受到损害的情形。在本案中，谷正群的死亡，并非由宾馆提供的服务直接造成，所以不属于《消费者权益保护法》规定的情形。但是，顾客仍可选择由宾馆承担侵权责任违约责任。





中华人民共和国合同法

第一章　一般规定

第一条　为了保护合同当事人的合法权益，维护社会经济秩序，促进社会主义现代化建设，制定本法。

第二条　法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用其他法律的规定。

第三条　合同当事人的法律地位平等，一方不得将自己的意志强加给另一方。

第四条　当事人依法享有自愿订立合同的权利，任何单位和个人不得非法干预。

第五条　当事人应当遵循公平原则确定各方的权利和义务。

第六条　当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则。

第七条　当事人订立、履行合同，应当遵守法律、行政法规，尊重社会公德，不得扰乱社会经济秩序，损害社会公共利益。

第八条　依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。

依法成立的合同，受法律保护。

第二章　合同的订立

第九条　当事人订立合同，应当具有相应的民事权利能力和民事行为能力。

当事人依法可以委托代理人订立合同。

第十条 当事人订立合同,有书面形式、口头形式和其他形式。

法律、行政法规规定采用书面形式的,应当采用书面形式。当事人约定采用书面形式的,应当采用书面形式。

第十一条 书面形式是指合同书、信件和数据电文(包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件)等可以有形地表现所载内容的形式。

第十二条 合同的内容由当事人约定,一般包括以下条款:

(一)当事人的名称或者姓名和住所;

(二)标的;

(三)数量;

(四)质量;

(五)价款或者报酬;

(六)履行期限、地点和方式;

(七)违约责任;

(八)解决争议的方法。

当事人可以参照各类合同的示范文本订立合同。

第十三条 当事人订立合同,采取要约、承诺方式。

第十四条 要约是希望和他人订立合同的意思表示,该意思表示应当符合下列规定:

(一)内容具体确定;

(二)表明经受要约人承诺,要约人即受该意思表示约束。

第十五条 要约邀请是希望他人向自己发出要约的意思表示。寄送的价目表、拍卖公告、招标公告、招股说明书、商业广告等为要约邀请。

商业广告的内容符合要约规定的,视为要约。

第十六条 要约到达受要约人时生效。

采用数据电文形式订立合同,收件人指定特定系统接收数据电文



的，该数据电文进入该特定系统的时间，视为到达时间；未指定特定系统的，该数据电文进入收件人的任何系统的首次时间，视为到达时间。

第十七条　要约可以撤回。撤回要约的通知应当在要约到达受要约人之前或者与要约同时到达受要约人。

第十八条　要约可以撤销。撤销要约的通知应当在受要约人发出承诺通知之前到达受要约人。

第十九条　有下列情形之一的，要约不得撤销：

(一)要约人确定了承诺期限或者以其他形式明示要约不可撤销；

(二)受要约人有理由认为要约是不可撤销的，并已经为履行合同作了准备工作。



第二十条　有下列情形之一的，要约失效：

(一)拒绝要约的通知到达要约人；

(二)要约人依法撤销要约；

(三)承诺期限届满，受要约人未作出承诺；

(四)受要约人对要约的内容作出实质性变更。

第二十一条　承诺是受要约人同意要约的意思表示。

第二十二条　承诺应当以通知的方式作出，但根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的除外。

第二十三条　承诺应当在要约确定的期限内到达要约人。

要约没有确定承诺期限的，承诺应当依照下列规定到达：

(一)要约以对话方式作出的，应当即时作出承诺，但当事人另有约定的除外；

(二)要约以非对话方式作出的，承诺应当在合理期限内到达。

第二十四条　要约以信件或者电报作出的，承诺期限自信件载明的日期或者电报交发之日开始计算。信件未载明日期的，自投寄该信件的邮戳日期开始计算。要约以电话、传真等快速通讯方式作出的，承诺期限自要约到达受要约人时开始计算。

第二十五条　承诺生效时合同成立。

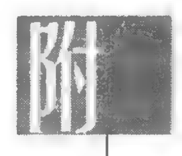
第二十六条 承诺通知到达要约人时生效。承诺不需要通知的，根据交易习惯或者要约的要求作出承诺的行为时生效。

采用数据电文形式订立合同的，承诺到达的时间适用本法第十六条第二款的规定。

第二十七条 承诺可以撤回。撤回承诺的通知应当在承诺通知到达要约人之前或者与承诺通知同时到达要约人。

第二十八条 受要约人超过承诺期限发出承诺的，除要约人及时通知受要约人该承诺有效的以外，为新要约。

第二十九条 受要约人在承诺期限内发出承诺，按照通常情形能够及时到达要约人，但因其他原因承诺到达要约人时超过承诺期限的，除要约人及时通知受要约人因承诺超过期限不接受该承诺的以外，该承诺有效。



第三十条 承诺的内容应当与要约的内容一致。受要约人对要约的内容作出实质性变更的，为新要约。有关合同标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等的变更，是对要约内容的实质性变更。

第三十一条 承诺对要约的内容作出非实质性变更的，除要约人及时表示反对或者要约表明承诺不得对要约的内容作出任何变更的以外，该承诺有效，合同的内容以承诺的内容为准。

第三十二条 当事人采用合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或者盖章时合同成立。

第三十三条 当事人采用信件、数据电文等形式订立合同的，可以在合同成立之前要求签订确认书。签订确认书时合同成立。

第三十四条 承诺生效的地点为合同成立的地点。

采用数据电文形式订立合同的，收件人的主营业地为合同成立的地点；没有主营业地的，其经常居住地为合同成立的地点。当事人另有约定的，按照其约定。

第三十五条 当事人采用合同书形式订立合同的，双方当事人签

字或者盖章的地点为合同成立的地点。

第三十六条 法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同,当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务,对方接受的,该合同成立。

第三十七条 采用合同书形式订立合同，在签字或者盖章之前，当事人一方已经履行主要义务,对方接受的,该合同成立。

第三十八条 国家根据需要下达指令性任务或者国家订货任务的,有关法人、其他组织之间应当依照有关法律、行政法规规定的权利和义务订立合同。



第三十九条 采用格式条款订立合同的,提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款,按照对方的要求,对该条款予以说明。

格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。

第四十条 格式条款具有本法第五十二条和第五十三条规定情形的,或者提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的,该条款无效。

第四十一条 对格式条款的理解发生争议的,应当按照通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的,应当作出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款不一致的,应当采用非格式条款。

第四十二条 当事人在订立合同过程中有下列情形之一,给对方造成损失的,应当承担损害赔偿责任:

(一)假借订立合同,恶意进行磋商;

(二)故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况;

(三)有其他违背诚实信用原则的行为。

第四十三条 当事人在订立合同过程中知悉的商业秘密,无论合同是否成立,不得泄露或者不正当地使用。泄露或者不正当地使用该商



业秘密给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任。

第三章　合同的效力

第四十四条　依法成立的合同，自成立时生效。

法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。

第四十五条　当事人对合同的效力可以约定附条件。附生效条件的合同，自条件成就时生效。附解除条件的合同，自条件成就时失效。



当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的，视为条件已成就；不正当地促成条件成就的，视为条件不成就。

第四十六条　当事人对合同的效力可以约定附期限。附生效期限的合同，自期限届至时生效。附终止期限的合同，自期限届满时失效。

第四十七条　限制民事行为能力人订立的合同，经法定代理人追认后，该合同有效，但纯获利益的合同或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应而订立的合同，不必经法定代理人追认。

相对人可以催告法定代理人在一个月内予以追认。法定代理人未作表示的，视为拒绝追认。合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。

第四十八条　行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合同，未经被代理人追认，对被代理人不发生效力，由行为人承担责任。

相对人可以催告被代理人在一个月内予以追认。被代理人未作表示的，视为拒绝追认。合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。

第四十九条　行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。

第五十条　法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为

有效。

第五十一条　无处分权的人处分他人财产,经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的,该合同有效。

第五十二条　有下列情形之一的,合同无效:

(一)一方以欺诈、胁迫的手段订立合同,损害国家利益;

(二)恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益;

(三)以合法形式掩盖非法目的;

(四)损害社会公共利益;

(五)违反法律、行政法规的强制性规定。



第五十三条　合同中的下列免责条款无效:

(一)造成对方人身伤害的;

(二)因故意或者重大过失造成对方财产损失的。

第五十四条　下列合同,当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销:

(一)因重大误解订立的;

(二)在订立合同时显失公平的。

一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下订立的合同,受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。

当事人请求变更的,人民法院或者仲裁机构不得撤销。

第五十五条　有下列情形之一的,撤销权消灭:

(一)具有撤销权的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内没有行使撤销权;

(二)具有撤销权的当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为放弃撤销权。

第五十六条　无效的合同或者被撤销的合同自始没有法律约束力。合同部分无效,不影响其他部分效力的,其他部分仍然有效。

第五十七条　合同无效、被撤销或者终止的,不影响合同中独立

存在的有关解决争议方法的条款的效力。

第五十八条 合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。

第五十九条 当事人恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的，因此取得的财产收归国家所有或者返还集体、第三人。

第四章 合同的履行



第六十条 当事人应当按照约定全面履行自己的义务。

当事人应当遵循诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。

第六十一条 合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定。

第六十二条 当事人就有关合同内容约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，适用下列规定：

（一）质量要求不明确的，按照国家标准、行业标准履行；没有国家标准、行业标准的，按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。

（二）价款或者报酬不明确的，按照订立合同时履行地的市场价格履行；依法应当执行政府定价或者政府指导价的，按照规定履行。

（三）履行地点不明确，给付货币的，在接受货币一方所在地履行；交付不动产的，在不动产所在地履行；其他标的，在履行义务一方所在地履行。

（四）履行期限不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时要求履行，但应当给对方必要的准备时间。

（五）履行方式不明确的，按照有利于实现合同目的的方式履行。

（六）履行费用的负担不明确的，由履行义务一方负担。

第六十三条 执行政府定价或者政府指导价的，在合同约定的交

付期限内政府价格调整时，按照交付时的价格计价。逾期交付标的物的，遇价格上涨时，按照原价格执行；价格下降时，按照新价格执行。逾期提取标的物或者逾期付款的，遇价格上涨时，按照新价格执行；价格下降时，按照原价格执行。

第六十四条 当事人约定由债务人向第三人履行债务的，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定，应当向债权人承担违约责任。

第六十五条 当事人约定由第三人向债权人履行债务的，第三人不履行债务或者履行债务不符合约定，债务人应当向债权人承担违约责任。

第六十六条 当事人互负债务，没有先后履行顺序的，应当同时履行。一方在对方履行之前有权拒绝其履行要求。一方在对方履行债务不符合约定时，有权拒绝其相应的履行要求。

第六十七条 当事人互负债务，有先后履行顺序，先履行一方未履行的，后履行一方有权拒绝其履行要求。先履行一方履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行要求。

第六十八条 应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方有下列情形之一的，可以中止履行：

（一）经营状况严重恶化；

（二）转移财产、抽逃资金，以逃避债务；

（三）丧失商业信誉；

（四）有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。

当事人没有确切证据中止履行的，应当承担违约责任。

第六十九条 当事人依照本法第六十八条的规定中止履行的，应当及时通知对方。对方提供适当担保时，应当恢复履行。中止履行后，对方在合理期限内未恢复履行能力并且未提供适当担保的，中止履行的一方可以解除合同。

第七十条 债权人分立、合并或者变更住所没有通知债务人，致



使履行债务发生困难的，债务人可以中止履行或者将标的物提存。

第七十一条 债权人可以拒绝债务人提前履行债务，但提前履行不损害债权人利益的除外。

债务人提前履行债务给债权人增加的费用，由债务人负担。

第七十二条 债权人可以拒绝债务人部分履行债务，但部分履行不损害债权人利益的除外。债务人部分履行债务给债权人增加的费用，由债务人负担。

第七十三条 因债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权，但该债权专属于债务人自身的除外。

代位权的行使范围以债权人的债权为限。债权人行使代位权的必要费用，由债务人负担。

第七十四条 因债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产，对债权人造成损害的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。债务人以明显不合理的低价转让财产，对债权人造成损害，并且受让人知道该情形的，债权人也可以请求人民法院撤销债务人的行为。

撤销权的行使范围以债权人的债权为限。债权人行使撤销权的必要费用，由债务人负担。

第七十五条 撤销权自债权人知道或者应当知道撤销事由之日起一年内行使。自债务人的行为发生之日起五年内没有行使撤销权的，该撤销权消灭。

第七十六条 合同生效后，当事人不得因姓名、名称的变更或者法定代表人、负责人、承办人的变动而不履行合同义务。

第五章 合同的变更和转让

第七十七条 当事人协商一致，可以变更合同。

法律、行政法规规定变更合同应当办理批准、登记等手续的，依照其规定。

第七十八条 当事人对合同变更的内容约定不明确的，推定为未

变更。

第七十九条 债权人可以将合同的权利全部或者部分转让给第三人,但有下列情形之一的除外:

(一)根据合同性质不得转让;

(二)按照当事人约定不得转让;

(三)依照法律规定不得转让。

第八十条 债权人转让权利的,应当通知债务人。未经通知,该转让对债务人不发生效力。

债权人转让权利的通知不得撤销,但经受让人同意的除外。

第八十一条 债权人转让权利的,受让人取得与债权有关的从权利,但该从权利专属于债权人自身的除外。

第八十二条 债务人接到债权转让通知后,债务人对让与人的抗辩,可以向受让人主张。

第八十三条 债务人接到债权转让通知时,债务人对让与人享有债权,并且债务人的债权先于转让的债权到期或者同时到期的,债务人可以向受让人主张抵销。

第八十四条 债务人将合同的义务全部或者部分转移给第三人的,应当经债权人同意。

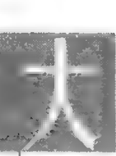
第八十五条 债务人转移义务的,新债务人可以主张原债务人对债权人的抗辩。

第八十六条 债务人转移义务的,新债务人应当承担与主债务有关的从债务,但该从债务专属于原债务人自身的除外。

第八十七条 法律、行政法规规定转让权利或者转移义务应当办理批准、登记等手续的,依照其规定。

第八十八条 当事人一方经对方同意,可以将自己在合同中的权利和义务一并转让给第三人。

第八十九条 权利和义务一并转让的,适用本法第七十九条、第八十一条至第八十三条、第八十五条至第八十七条的规定。





第九十条 当事人订立合同后合并的，由合并后的法人或者其他组织行使合同权利，履行合同义务。当事人订立合同后分立的，除债权人和债务人另有约定的以外，由分立的法人或者其他组织对合同的权利和义务享有连带债权，承担连带债务。

第六章 合同的权利义务终止

第九十一条 有下列情形之一的，合同的权利义务终止：

（一）债务已经按照约定履行；

（二）合同解除；

（三）债务相互抵销；

（四）债务人依法将标的物提存；

（五）债权人免除债务；

（六）债权债务同归于一人；

（七）法律规定或者当事人约定终止的其他情形。

第九十二条 合同的权利义务终止后，当事人应当遵循诚实信用原则，根据交易习惯履行通知、协助、保密等义务。

第九十三条 当事人协商一致，可以解除合同。

当事人可以约定一方解除合同的条件。解除合同的条件成就时，解除权人可以解除合同。

第九十四条 有下列情形之一的，当事人可以解除合同：

（一）因不可抗力致使不能实现合同目的；

（二）在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；

（三）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；

（四）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；

（五）法律规定的其他情形。

第九十五条 法律规定或者当事人约定解除权行使期限，期限届



满当事人不行使的,该权利消灭。

法律没有规定或者当事人没有约定解除权行使期限,经对方催告后在合理期限内不行使的,该权利消灭。

第九十六条 当事人一方依照本法第九十三条第二款、第九十四条的规定主张解除合同的,应当通知对方。合同自通知到达对方时解除。对方有异议的,可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。

法律、行政法规规定解除合同应当办理批准、登记等手续的,依照其规定。

第九十七条 合同解除后,尚未履行的,终止履行;已经履行的,根据履行情况和合同性质,当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施,并有权要求赔偿损失。

第九十八条 合同的权利义务终止,不影响合同中结算和清理条款的效力。

第九十九条 当事人互负到期债务,该债务的标的物种类、品质相同的,任何一方可以将自己的债务与对方的债务抵销,但依照法律规定或者按照合同性质不得抵销的除外。

当事人主张抵销的,应当通知对方。通知自到达对方时生效。抵销不得附条件或者附期限。

第一百条 当事人互负债务,标的物种类、品质不相同的,经双方协商一致,也可以抵销。

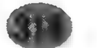
第一百零一条 有下列情形之一,难以履行债务的,债务人可以将标的物提存:

(一)债权人无正当理由拒绝受领;

(二)债权人下落不明;

(三)债权人死亡未确定继承人或者丧失民事行为能力未确定监护人;

(四)法律规定的其他情形。



标的物不适于提存或者提存费用过高的，债务人依法可以拍卖或者变卖标的物，提存所得的价款。

第一百零二条 标的物提存后，除债权人下落不明的以外，债务人应当及时通知债权人或者债权人的继承人、监护人。

第一百零三条 标的物提存后，毁损、灭失的风险由债权人承担。提存期间，标的物的孳息归债权人所有。提存费用由债权人负担。

第一百零四条 债权人可以随时领取提存物，但债权人对债务人负有到期债务的，在债权人未履行债务或者提供担保之前，提存部门根据债务人的要求应当拒绝其领取提存物。

债权人领取提存物的权利，自提存之日起五年内不行使而消灭，提存物扣除提存费用后归国家所有。

第一百零五条 债权人免除债务人部分或者全部债务的，合同的权利义务部分或者全部终止。

第一百零六条 债权和债务同归于一人的，合同的权利义务终止，但涉及第三人利益的除外。

第七章 违约责任

第一百零七条 当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。

第一百零八条 当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行合同义务的，对方可以在履行期限届满之前要求其承担违约责任。

第一百零九条 当事人一方未支付价款或者报酬的，对方可以要求其支付价款或者报酬。

第一百一十条 当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以要求履行，但有下列情形之一的除外：

（一）法律上或者事实上不能履行；

（二）债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；

（三）债权人在合理期限内未要求履行。



第一百一十一条 质量不符合约定的，应当按照当事人的约定承担违约责任。对违约责任没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，受损害方根据标的的性质以及损失的大小，可以合理选择要求对方承担修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬等违约责任。

第一百一十二条 当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，在履行义务或者采取补救措施后，对方还有其他损失的，应当赔偿损失。

第一百一十三条 当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。

经营者对消费者提供商品或者服务有欺诈行为的，依照《中华人民共和国消费者权益保护法》的规定承担损害赔偿责任。

第一百一十四条 当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。

约定的违约金低于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。

当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务。

第一百一十五条 当事人可以依照《中华人民共和国担保法》约定一方向对方给付定金作为债权的担保。债务人履行债务后，定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行约定的债务的，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行约定的债务的，应当双倍返还定金。

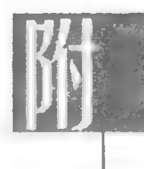
第一百一十六条 当事人既约定违约金，又约定定金的，一方违约时，对方可以选择适用违约金或者定金条款。

第一百一十七条 因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，但法律另有规定的除外。当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能免除责任。

本法所称不可抗力，是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。

第一百一十八条 当事人一方因不可抗力不能履行合同的，应当及时通知对方，以减轻可能给对方造成的损失，并应当在合理期限内提供证明。

第一百一十九条 当事人一方违约后，对方应当采取适当措施防止损失的扩大；没有采取适当措施致使损失扩大的，不得就扩大的损失要求赔偿。



当事人因防止损失扩大而支出的合理费用，由违约方承担。

第一百二十条 当事人双方都违反合同的，应当各自承担相应的责任。

第一百二十一条 当事人一方因第三人的原因造成违约的，应当向对方承担违约责任。当事人一方和第三人之间的纠纷，依照法律规定或者按照约定解决。

第一百二十二条 因当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的，受损害方有权选择依照本法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任。

第八章 其他规定

第一百二十三条 其他法律对合同另有规定的，依照其规定。

第一百二十四条 本法分则或者其他法律没有明文规定的合同，适用本法总则的规定，并可以参照本法分则或者其他法律最相类似的规定。

第一百二十五条 当事人对合同条款的理解有争议的，应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则，确定该条款的真实意思。

合同文本采用两种以上文字订立并约定具有同等效力的，对各文本使用的词句推定具有相同含义。各文本使用的词句不一致的，应当根据合同的目的予以解释。

第一百二十六条 涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律，但法律另有规定的除外。涉外合同的当事人没有选择的，适用与合同有最密切联系的国家的法律。

在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同，适用中华人民共和国法律。

第一百二十七条 工商行政管理部门和其他有关行政主管部门在各自的职权范围内，依照法律、行政法规的规定，对利用合同危害国家利益、社会公共利益的违法行为，负责监督处理；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第一百二十八条 当事人可以通过和解或者调解解决合同争议。

当事人不愿和解、调解或者和解、调解不成的，可以根据仲裁协议向仲裁机构申请仲裁。涉外合同的当事人可以根据仲裁协议向中国仲裁机构或者其他仲裁机构申请仲裁。当事人没有订立仲裁协议或者仲裁协议无效的，可以向人民法院起诉。当事人应当履行发生法律效力的判决、仲裁裁决、调解书；拒不履行的，对方可以请求人民法院执行。

第一百二十九条 因国际货物买卖合同和技术进出口合同争议提起诉讼或者申请仲裁的期限为四年，自当事人知道或者应当知道其权利受到侵害之日起计算。因其他合同争议提起诉讼或者申请仲裁的期限，依照有关法律的规定。

第九章 买卖合同

第一百三十条 买卖合同是出卖人转移标的物的所有权于买受人，买受人支付价款的合同。

第一百三十一条 买卖合同的内容除依照本法第十二条的规定以外，还可以包括包装方式、检验标准和方法、结算方式、合同使用的文

字及其效力等条款。

第一百三十二条 出卖的标的物，应当属于出卖人所有或者出卖人有权处分。

法律、行政法规禁止或者限制转让的标的物，依照其规定。

第一百三十三条 标的物的所有权自标的物交付时起转移，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

第一百三十四条 当事人可以在买卖合同中约定买受人未履行支付价款或者其他义务的，标的物的所有权属于出卖人。



第一百三十五条 出卖人应当履行向买受人交付标的物或者交付提取标的物的单证，并转移标的物所有权的义务。

第一百三十六条 出卖人应当按照约定或者交易习惯向买受人交付提取标的物单证以外的有关单证和资料。

第一百三十七条 出卖具有知识产权的计算机软件等标的物的，除法律另有规定或者当事人另有约定的以外，该标的物的知识产权不属于买受人。

第一百三十八条 出卖人应当按照约定的期限交付标的物。约定交付期间的，出卖人可以在该交付期间内的任何时间交付。

第一百三十九条 当事人没有约定标的物的交付期限或者约定不明确的，适用本法第六十一条、第六十二条第四项的规定。

第一百四十条 标的物在订立合同之前已为买受人占有的，合同生效的时间为交付时间。

第一百四十一条 出卖人应当按照约定的地点交付标的物。

当事人没有约定交付地点或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，适用下列规定：

（一）标的物需要运输的，出卖人应当将标的物交付给第一承运人以运交给买受人；

（二）标的物不需要运输，出卖人和买受人订立合同时知道标的物在某一地点的，出卖人应当在该地点交付标的物；不知道标的物在某一

地点的，应当在出卖人订立合同时的营业地交付标的物。

第一百四十二条 标的物毁损、灭失的风险，在标的物交付之前由出卖人承担，交付之后由买受人承担，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

第一百四十三条 因买受人的原因致使标的物不能按照约定的期限交付的，买受人应当自违反约定之日起承担标的物毁损、灭失的风险。

第一百四十四条 出卖人出卖交由承运人运输的在途标的物，除当事人另有约定的以外，毁损、灭失的风险自合同成立时起由买受人承担。

第一百四十五条 当事人没有约定交付地点或者约定不明确，依照本法第一百四十一条第二款第一项的规定标的物需要运输的，出卖人将标的物交付给第一承运人后，标的物毁损、灭失的风险由买受人承担。

第一百四十六条 出卖人按照约定或者依照本法第一百四十一条第二款第二项的规定将标的物置于交付地点，买受人违反约定没有收取的，标的物毁损、灭失的风险自违反约定之日起由买受人承担。

第一百四十七条 出卖人按照约定未交付有关标的物的单证和资料的，不影响标的物毁损、灭失风险的转移。

第一百四十八条 因标的物质量不符合质量要求，致使不能实现合同目的的，买受人可以拒绝接受标的物或者解除合同。买受人拒绝接受标的物或者解除合同的，标的物毁损、灭失的风险由出卖人承担。

第一百四十九条 标的物毁损、灭失的风险由买受人承担的，不影响因出卖人履行债务不符合约定，买受人要求其承担违约责任的权利。

第一百五十条 出卖人就交付的标的物，负有保证第三人不得向买受人主张任何权利的义务，但法律另有规定的除外。

第一百五十一条 买受人订立合同时知道或者应当知道第三人对买卖的标的物享有权利的，出卖人不承担本法第一百五十条规定的义务。

第一百五十二条 买受人有确切证据证明第三人可能就标的物主张权利的，可以中止支付相应的价款，但出卖人提供适当担保的除外。

第一百五十三条 出卖人应当按照约定的质量要求交付标的物。出卖人提供有关标的物质量说明的，交付的标的物应当符合该说明的质量要求。

第一百五十四条 当事人对标的物的质量要求没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，适用本法第六十二条第一项的规定。

第一百五十五条 出卖人交付的标的物不符合质量要求的，买受人可以依照本法第一百一十一条的规定要求承担违约责任。



第一百五十六条 出卖人应当按照约定的包装方式交付标的物。对包装方式没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，应当按照通用的方式包装，没有通用方式的，应当采取足以保护标的物的包装方式。

第一百五十七条 买受人收到标的物时应当在约定的检验期间内检验。没有约定检验期间的，应当及时检验。

第一百五十八条 当事人约定检验期间的，买受人应当在检验期间内将标的物的数量或者质量不符合约定的情形通知出卖人。买受人怠于通知的，视为标的物的数量或者质量符合约定。

当事人没有约定检验期间的，买受人应当在发现或者应当发现标的物的数量或者质量不符合约定的合理期间内通知出卖人。买受人在合理期间内未通知或者自标的物收到之日起两年内未通知出卖人的，视为标的物的数量或者质量符合约定，但对标的物有质量保证期的，适用质量保证期，不适用该两年的规定。

出卖人知道或者应当知道提供的标的物不符合约定的，买受人不受前两款规定的通知时间的限制。

第一百五十九条 买受人应当按照约定的数额支付价款。对价款没有约定或者约定不明确的，适用本法第六十一条、第六十二条第二项的规定。

第一百六十条 买受人应当按照约定的地点支付价款。对支付地

点没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，买受人应当在出卖人的营业地支付，但约定支付价款以交付标的物或者交付提取标的物单证为条件的，在交付标的物或者交付提取标的物单证的所在地支付。

第一百六十一条 买受人应当按照约定的时间支付价款。对支付时间没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，买受人应当在收到标的物或者提取标的物单证的同时支付。

第一百六十二条 出卖人多交标的物的，买受人可以接收或者拒绝接收多交的部分。买受人接收多交部分的，按照合同的价格支付价款；买受人拒绝接收多交部分的，应当及时通知出卖人。

第一百六十三条 标的物在交付之前产生的孳息，归出卖人所有，交付之后产生的孳息，归买受人所有。

第一百六十四条 因标的物的主物不符合约定而解除合同的，解除合同的效力及于从物。因标的物的从物不符合约定被解除的，解除的效力不及于主物。

第一百六十五条 标的物为数物，其中一物不符合约定的，买受人可以就该物解除，但该物与他物分离使标的物的价值显受损害的，当事人可以就数物解除合同。

第一百六十六条 出卖人分批交付标的物的，出卖人对其中一批标的物不交付或者交付不符合约定，致使该批标的物不能实现合同目的的，买受人可以就该批标的物解除。

出卖人不交付其中一批标的物或者交付不符合约定，致使今后其他各批标的物的交付不能实现合同目的的，买受人可以就该批以及今后其他各批标的物解除。

买受人如果就其中一批标的物解除，该批标的物与其他各批标的物相互依存的，可以就已经交付和未交付的各批标的物解除。

第一百六十七条 分期付款的买受人未支付到期价款的金额达到全部价款的五分之一的，出卖人可以要求买受人支付全部价款或者

解除合同。

出卖人解除合同的,可以向买受人要求支付该标的物的使用费。

第一百六十八条 凭样品买卖的当事人应当封存样品,并可以对样品质量予以说明。出卖人交付的标的物应当与样品及其说明的质量相同。

第一百六十九条 凭样品买卖的买受人不知道样品有隐蔽瑕疵的,即使交付的标的物与样品相同,出卖人交付的标的物的质量仍然应当符合同种物的通常标准。

第一百七十条 试用买卖的当事人可以约定标的物的试用期间。对试用期间没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的,由出卖人确定。



第一百七十一条 试用买卖的买受人在试用期内可以购买标的物,也可以拒绝购买。试用期间届满,买受人对是否购买标的物未作表示的,视为购买。

第一百七十二条 招标投标买卖的当事人的权利和义务以及招标投标程序等,依照有关法律、行政法规的规定。

第一百七十三条 拍卖的当事人的权利和义务以及拍卖程序等,依照有关法律、行政法规的规定。

第一百七十四条 法律对其他有偿合同有规定的，依照其规定;没有规定的,参照买卖合同的有关规定。

第一百七十五条 当事人约定易货交易，转移标的物的所有权的,参照买卖合同的有关规定。

第十章　供用电、水、气、热力合同

第一百七十六条 供用电合同是供电人向用电人供电,用电人支付电费的合同。

第一百七十七条 供用电合同的内容包括供电的方式、质量、时间,用电容量、地址、性质,计量方式,电价、电费的结算方式,供用电设施的维护责任等条款。

第一百七十八条 供用电合同的履行地点，按照当事人约定；当事人没有约定或者约定不明确的，供电设施的产权分界处为履行地点。

第一百七十九条 供电人应当按照国家规定的供电质量标准和约定安全供电。供电人未按照国家规定的供电质量标准和约定安全供电，造成用电人损失的，应当承担损害赔偿责任。

第一百八十条 供电人因供电设施计划检修、临时检修、依法限电或者用电人违法用电等原因，需要中断供电时，应当按照国家有关规定事先通知用电人。未事先通知用电人中断供电，造成用电人损失的，应当承担损害赔偿责任。

第一百八十一条 因自然灾害等原因断电，供电人应当按照国家有关规定及时抢修。未及时抢修，造成用电人损失的，应当承担损害赔偿责任。

第一百八十二条 用电人应当按照国家有关规定和当事人的约定及时交付电费。用电人逾期不交付电费的，应当按照约定支付违约金。经催告用电人在合理期限内仍不交付电费和违约金的，供电人可以按照国家规定的程序中止供电。

第一百八十三条 用电人应当按照国家有关规定和当事人的约定安全用电。用电人未按照国家有关规定和当事人的约定安全用电，造成供电人损失的，应当承担损害赔偿责任。

第一百八十四条 供用水、供用气、供用热力合同，参照供用电合同的有关规定。

第十一章 赠与合同

第一百八十五条 赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同。

第一百八十六条 赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。

具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，不适用前款规定。

第一百八十七条 赠与的财产依法需要办理登记等手续的，应当办理有关手续。

第一百八十八条 具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，赠与人不交付赠与的财产的，受赠人可以要求交付。

第一百八十九条 因赠与人故意或者重大过失致使赠与的财产毁损、灭失的，赠与人应当承担损害赔偿责任。

第一百九十条 赠与可以附义务。

赠与附义务的，受赠人应当按照约定履行义务。

第一百九十一条 赠与的财产有瑕疵的，赠与人不承担责任。附义务的赠与，赠与的财产有瑕疵的，赠与人在附义务的限度内承担与出卖人相同的责任。

赠与人故意不告知瑕疵或者保证无瑕疵，造成受赠人损失的，应当承担损害赔偿责任。

第一百九十二条 受赠人有下列情形之一的，赠与人可以撤销赠与：

（一）严重侵害赠与人或者赠与人的近亲属；

（二）对赠与人有扶养义务而不履行；

（三）不履行赠与合同约定的义务。

赠与人的撤销权，自知道或者应当知道撤销原因之日起一年内行使。

第一百九十三条 因受赠人的违法行为致使赠与人死亡或者丧失民事行为能力的，赠与人的继承人或者法定代理人可以撤销赠与。赠与人的继承人或者法定代理人的撤销权，自知道或者应当知道撤销原因之日起六个月内行使。

第一百九十四条 撤销权人撤销赠与的，可以向受赠人要求返还赠与的财产。

第一百九十五条 赠与人的经济状况显著恶化，严重影响其生产

经营或者家庭生活的,可以不再履行赠与义务。

第十二章　借款合同

第一百九十六条　借款合同是借款人向贷款人借款,到期返还借款并支付利息的合同。

第一百九十七条　借款合同采用书面形式,但自然人之间借款另有约定的除外。

借款合同的内容包括借款种类、币种、用途、数额、利率、期限和还款方式等条款。

第一百九十八条　订立借款合同,贷款人可以要求借款人提供担保。担保依照《中华人民共和国担保法》的规定。

第一百九十九条　订立借款合同,借款人应当按照贷款人的要求提供与借款有关的业务活动和财务状况的真实情况。

第二百条　借款的利息不得预先在本金中扣除。利息预先在本金中扣除的,应当按照实际借款数额返还借款并计算利息。

第二百零一条　贷款人未按照约定的日期、数额提供借款,造成借款人损失的,应当赔偿损失。

借款人未按照约定的日期、数额收取借款的,应当按照约定的日期、数额支付利息。

第二百零二条　贷款人按照约定可以检查、监督借款的使用情况。借款人应当按照约定向贷款人定期提供有关财务会计报表等资料。

第二百零三条　借款人未按照约定的借款用途使用借款的,贷款人可以停止发放借款、提前收回借款或者解除合同。

第二百零四条　办理贷款业务的金融机构贷款的利率,应当按照中国人民银行规定的贷款利率的上下限确定。

第二百零五条　借款人应当按照约定的期限支付利息。对支付利息的期限没有约定或者约定不明确,依照本法第六十一条的规定仍不能确定,借款期间不满一年的,应当在返还借款时一并支付;借款期间一年以上的,应当在每届满一年时支付,剩余期间不满一年的,应当在

返还借款时一并支付。

第二百零六条 借款人应当按照约定的期限返还借款。对借款期限没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，借款人可以随时返还；贷款人可以催告借款人在合理期限内返还。

第二百零七条 借款人未按照约定的期限返还借款的，应当按照约定或者国家有关规定支付逾期利息。

第二百零八条 借款人提前偿还借款的，除当事人另有约定的以外，应当按照实际借款的期间计算利息。

第二百零九条 借款人可以在还款期限届满之前向贷款人申请展期。贷款人同意的，可以展期。

第二百一十条 自然人之间的借款合同，自贷款人提供借款时生效。

第二百一十一条 自然人之间的借款合同对支付利息没有约定或者约定不明确的，视为不支付利息。

自然人之间的借款合同约定支付利息的，借款的利率不得违反国家有关限制借款利率的规定。

第十三章 租赁合同

第二百一十二条 租赁合同是出租人将租赁物交付承租人使用、收益，承租人支付租金的合同。

第二百一十三条 租赁合同的内容包括租赁物的名称、数量、用途、租赁期限、租金及其支付期限和方式、租赁物维修等条款。

第二百一十四条 租赁期限不得超过二十年。超过二十年的，超过部分无效。

租赁期间届满，当事人可以续订租赁合同，但约定的租赁期限自续订之日起不得超过二十年。

第二百一十五条 租赁期限六个月以上的，应当采用书面形式。当事人未采用书面形式的，视为不定期租赁。

第二百一十六条 出租人应当按照约定将租赁物交付承租人，并

在租赁期间保持租赁物符合约定的用途。

第二百一十七条 承租人应当按照约定的方法使用租赁物。对租赁物的使用方法没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的,应当按照租赁物的性质使用。

第二百一十八条 承租人按照约定的方法或者租赁物的性质使用租赁物,致使租赁物受到损耗的,不承担损害赔偿责任。

第二百一十九条 承租人未按照约定的方法或者租赁物的性质使用租赁物,致使租赁物受到损失的,出租人可以解除合同并要求赔偿损失。

第二百二十条 出租人应当履行租赁物的维修义务,但当事人另有约定的除外。

第二百二十一条 承租人在租赁物需要维修时可以要求出租人在合理期限内维修。出租人未履行维修义务的,承租人可以自行维修,维修费用由出租人负担。因维修租赁物影响承租人使用的,应当相应减少租金或者延长租期。

第二百二十二条 承租人应当妥善保管租赁物,因保管不善造成租赁物毁损、灭失的,应当承担损害赔偿责任。

第二百二十三条 承租人经出租人同意,可以对租赁物进行改善或者增设他物。

承租人未经出租人同意,对租赁物进行改善或者增设他物的,出租人可以要求承租人恢复原状或者赔偿损失。

第二百二十四条 承租人经出租人同意,可以将租赁物转租给第三人。承租人转租的,承租人与出租人之间的租赁合同继续有效,第三人对租赁物造成损失的,承租人应当赔偿损失。

承租人未经出租人同意转租的,出租人可以解除合同。

第二百二十五条 在租赁期间因占有、使用租赁物获得的收益,归承租人所有,但当事人另有约定的除外。

第二百二十六条 承租人应当按照约定的期限支付租金。对支付

期限没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定，租赁期间不满一年的，应当在租赁期间届满时支付；租赁期间一年以上的，应当在每届满一年时支付，剩余期间不满一年的，应当在租赁期间届满时支付。

第二百二十七条 承租人无正当理由未支付或者迟延支付租金的，出租人可以要求承租人在合理期限内支付。承租人逾期不支付的，出租人可以解除合同。

第二百二十八条 因第三人主张权利，致使承租人不能对租赁物使用、收益的，承租人可以要求减少租金或者不支付租金。

第三人主张权利的，承租人应当及时通知出租人。

第二百二十九条 租赁物在租赁期间发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力。

第二百三十条 出租人出卖租赁房屋的，应当在出卖之前的合理期限内通知承租人，承租人享有以同等条件优先购买的权利。

第二百三十一条 因不可归责于承租人的事由，致使租赁物部分或者全部毁损、灭失的，承租人可以要求减少租金或者不支付租金；因租赁物部分或者全部毁损、灭失，致使不能实现合同目的的，承租人可以解除合同。

第二百三十二条 当事人对租赁期限没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，视为不定期租赁。当事人可以随时解除合同，但出租人解除合同应当在合理期限之前通知承租人。

第二百三十三条 租赁物危及承租人的安全或者健康的，即使承租人订立合同时明知该租赁物质量不合格，承租人仍然可以随时解除合同。

第二百三十四条 承租人在房屋租赁期间死亡的，与其生前共同居住的人可以按照原租赁合同租赁该房屋。

第二百三十五条 租赁期间届满，承租人应当返还租赁物。返还的租赁物应当符合按照约定或者租赁物的性质使用后的状态。



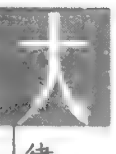
第二百三十六条 租赁期间届满，承租人继续使用租赁物，出租人没有提出异议的，原租赁合同继续有效，但租赁期限为不定期。

第十四章 融资租赁合同

第二百三十七条 融资租赁合同是出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择，向出卖人购买租赁物，提供给承租人使用，承租人支付租金的合同。

第二百三十八条 融资租赁合同的内容包括租赁物名称、数量、规格、技术性能、检验方法、租赁期限、租金构成及其支付期限和方式、币种、租赁期间届满租赁物的归属等条款。

融资租赁合同应当采用书面形式。



第二百三十九条 出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择订立的买卖合同，出卖人应当按照约定向承租人交付标的物，承租人享有与受领标的物有关的买受人的权利。

第二百四十条 出租人、出卖人、承租人可以约定，出卖人不履行买卖合同义务的，由承租人行使索赔的权利。承租人行使索赔权利的，出租人应当协助。

第二百四十一条 出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择订立的买卖合同，未经承租人同意，出租人不得变更与承租人有关的合同内容。

第二百四十二条 出租人享有租赁物的所有权。承租人破产的，租赁物不属于破产财产。

第二百四十三条 融资租赁合同的租金，除当事人另有约定的以外，应当根据购买租赁物的大部分或者全部成本以及出租人的合理利润确定。

第二百四十四条 租赁物不符合约定或者不符合使用目的的，出租人不承担责任，但承租人依赖出租人的技能确定租赁物或者出租人干预选择租赁物的除外。

第二百四十五条 出租人应当保证承租人对租赁物的占有和使用。

第二百四十六条 承租人占有租赁物期间，租赁物造成第三人的人身伤害或者财产损害的，出租人不承担责任。

第二百四十七条 承租人应当妥善保管、使用租赁物。

承租人应当履行占有租赁物期间的维修义务。

第二百四十八条 承租人应当按照约定支付租金。承租人经催告后在合理期限内仍不支付租金的，出租人可以要求支付全部租金；也可以解除合同，收回租赁物。

第二百四十九条 当事人约定租赁期间届满租赁物归承租人所有，承租人已经支付大部分租金，但无力支付剩余租金，出租人因此解除合同收回租赁物的，收回的租赁物的价值超过承租人欠付的租金以及其他费用的，承租人可以要求部分返还。



第二百五十条 出租人和承租人可以约定租赁期间届满租赁物的归属。对租赁物的归属没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，租赁物的所有权归出租人。

第十五章 承揽合同

第二百五十一条 承揽合同是承揽人按照定作人的要求完成工作，交付工作成果，定作人给付报酬的合同。

承揽包括加工、定作、修理、复制、测试、检验等工作。

第二百五十二条 承揽合同的内容包括承揽的标的、数量、质量、报酬、承揽方式、材料的提供、履行期限、验收标准和方法等条款。

第二百五十三条 承揽人应当以自己的设备、技术和劳力，完成主要工作，但当事人另有约定的除外。

承揽人将其承揽的主要工作交由第三人完成的，应当就该第三人完成的工作成果向定作人负责；未经定作人同意的，定作人也可以解除合同。

第二百五十四条 承揽人可以将其承揽的辅助工作交由第三人完成。承揽人将其承揽的辅助工作交由第三人完成的，应当就该第三人完成的工作成果向定作人负责。

第二百五十五条　承揽人提供材料的，承揽人应当按照约定选用材料，并接受定作人检验。

第二百五十六条　定作人提供材料的，定作人应当按照约定提供材料。承揽人对定作人提供的材料，应当及时检验，发现不符合约定时，应当及时通知定作人更换、补齐或者采取其他补救措施。

承揽人不得擅自更换定作人提供的材料，不得更换不需要修理的零部件。

第二百五十七条　承揽人发现定作人提供的图纸或者技术要求不合理的，应当及时通知定作人。因定作人怠于答复等原因造成承揽人损失的，应当赔偿损失。

第二百五十八条　定作人中途变更承揽工作的要求，造成承揽人损失的，应当赔偿损失。

第二百五十九条　承揽工作需要定作人协助的，定作人有协助的义务。

定作人不履行协助义务致使承揽工作不能完成的，承揽人可以催告定作人在合理期限内履行义务，并可以顺延履行期限；定作人逾期不履行的，承揽人可以解除合同。

第二百六十条　承揽人在工作期间，应当接受定作人必要的监督检验。定作人不得因监督检验妨碍承揽人的正常工作。

第二百六十一条　承揽人完成工作的，应当向定作人交付工作成果，并提交必要的技术资料和有关质量证明。定作人应当验收该工作成果。

第二百六十二条　承揽人交付的工作成果不符合质量要求的，定作人可以要求承揽人承担修理、重作、减少报酬、赔偿损失等违约责任。

第二百六十三条　定作人应当按照约定的期限支付报酬。对支付报酬的期限没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，定作人应当在承揽人交付工作成果时支付；工作成果部分交付的，定作人应当相应支付。

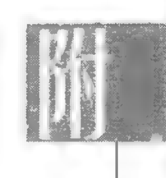
第二百六十四条 定作人未向承揽人支付报酬或者材料费等价款的,承揽人对完成的工作成果享有留置权,但当事人另有约定的除外。

第二百六十五条 承揽人应当妥善保管定作人提供的材料以及完成的工作成果,因保管不善造成毁损、灭失的,承揽人应当承担损害赔偿责任。

第二百六十六条 承揽人应当按照定作人的要求保守秘密, 未经定作人许可,不得留存复制品或者技术资料。

第二百六十七条 共同承揽人对定作人承担连带责任, 但当事人另有约定的除外。

第二百六十八条 定作人可以随时解除承揽合同, 造成承揽人损失的,应当赔偿损失。



第十六章 建设工程合同

第二百六十九条 建设工程合同是承包人进行工程建设, 发包人支付价款的合同。

建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同。

第二百七十条 建设工程合同应当采用书面形式。

第二百七十一条 建设工程的招标投标活动, 应当依照有关法律的规定公开、公平、公正进行。

第二百七十二条 发包人可以与总承包人订立建设工程合同,也可以分别与勘察人、设计人、施工人订立勘察、设计、施工承包合同。发包人不得将应当由一个承包人完成的建设工程肢解成若干部分发包给几个承包人。

总承包人或者勘察、设计、施工承包人经发包人同意,可以将自己承包的部分工作交由第三人完成。第三人就其完成的工作成果与总承包人或者勘察、设计、施工承包人向发包人承担连带责任。承包人不得将其承包的全部建设工程转包给第三人或者将其承包的全部建设工程肢解以后以分包的名义分别转包给第三人。

禁止承包人将工程分包给不具备相应资质条件的单位。禁止分包

单位将其承包的工程再分包。建设工程主体结构的施工必须由承包人自行完成。

第二百七十三条 国家重大建设工程合同，应当按照国家规定的程序和国家批准的投资计划、可行性研究报告等文件订立。

第二百七十四条 勘察、设计合同的内容包括提交有关基础资料和文件(包括概预算)的期限、质量要求、费用以及其他协作条件等条款。

第二百七十五条 施工合同的内容包括工程范围、建设工期、中间交工工程的开工和竣工时间、工程质量、工程造价、技术资料交付时间、材料和设备供应责任、拨款和结算、竣工验收、质量保修范围和质量保证期、双方相互协作等条款。

第二百七十六条 建设工程实行监理的，发包人应当与监理人采用书面形式订立委托监理合同。发包人与监理人的权利和义务以及法律责任,应当依照本法委托合同以及其他有关法律、行政法规的规定。

第二百七十七条 发包人在不妨碍承包人正常作业的情况下,可以随时对作业进度、质量进行检查。

第二百七十八条 隐蔽工程在隐蔽以前，承包人应当通知发包人检查。发包人没有及时检查的,承包人可以顺延工程日期,并有权要求赔偿停工、窝工等损失。

第二百七十九条 建设工程竣工后，发包人应当根据施工图纸及说明书、国家颁发的施工验收规范和质量检验标准及时进行验收。验收合格的,发包人应当按照约定支付价款,并接收该建设工程。

建设工程竣工经验收合格后,方可交付使用;未经验收或者验收不合格的,不得交付使用。

第二百八十条 勘察、设计的质量不符合要求或者未按照期限提交勘察、设计文件拖延工期给发包人造成损失的,勘察人、设计人应当继续完善勘察、设计,减收或者免收勘察、设计费并赔偿损失。

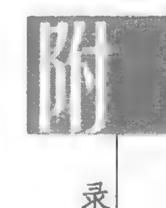
第二百八十一条 因施工人的原因致使建设工程质量不符合约定的,发包人有权要求施工人在合理期限内无偿修理或者返工、改建。经

过修理或者返工、改建后，造成逾期交付的，施工人应当承担违约责任。

第二百八十二条 因承包人的原因致使建设工程在合理使用期限内造成人身和财产损害的，承包人应当承担损害赔偿责任。

第二百八十三条 发包人未按照约定的时间和要求提供原材料、设备、场地、资金、技术资料的，承包人可以顺延工程日期，并有权要求赔偿停工、窝工等损失。

第二百八十四条 因发包人的原因致使工程中途停建、缓建的，发包人应当采取措施弥补或者减少损失，赔偿承包人因此造成的停工、窝工、倒运、机械设备调迁、材料和构件积压等损失和实际费用。



第二百八十五条 因发包人变更计划，提供的资料不准确，或者未按照期限提供必需的勘察、设计工作条件而造成勘察、设计的返工、停工或者修改设计，发包人应当按照勘察人、设计人实际消耗的工作量增付费用。

第二百八十六条 发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除按照建设工程的性质不宜折价、拍卖的以外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以申请人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。

第二百八十七条 本章没有规定的，适用承揽合同的有关规定。

第十七章　运输合同

第一节　一般规定

第二百八十八条 运输合同是承运人将旅客或者货物从起运地点运输到约定地点，旅客、托运人或者收货人支付票款或者运输费用的合同。

第二百八十九条 从事公共运输的承运人不得拒绝旅客、托运人通常、合理的运输要求。

第二百九十条 承运人应当在约定期间或者合理期间内将旅客、货物安全运输到约定地点。

第二百九十一条　承运人应当按照约定的或者通常的运输路线将旅客、货物运输到约定地点。

第二百九十二条　旅客、托运人或者收货人应当支付票款或者运输费用。承运人未按照约定路线或者通常路线运输增加票款或者运输费用的，旅客、托运人或者收货人可以拒绝支付增加部分的票款或者运输费用。

第二节　客运合同

第二百九十三条　客运合同自承运人向旅客交付客票时成立，但当事人另有约定或者另有交易习惯的除外。

第二百九十四条　旅客应当持有效客票乘运。旅客无票乘运、超程乘运、越级乘运或者持失效客票乘运的，应当补交票款，承运人可以按照规定加收票款。旅客不交付票款的，承运人可以拒绝运输。

第二百九十五条　旅客因自己的原因不能按照客票记载的时间乘坐的，应当在约定的时间内办理退票或者变更手续。逾期办理的，承运人可以不退票款，并不再承担运输义务。

第二百九十六条　旅客在运输中应当按照约定的限量携带行李。超过限量携带行李的，应当办理托运手续。

第二百九十七条　旅客不得随身携带或者在行李中夹带易燃、易爆、有毒、有腐蚀性、有放射性以及有可能危及运输工具上人身和财产安全的危险物品或者其他违禁物品。

旅客违反前款规定的，承运人可以将违禁物品卸下、销毁或者送交有关部门。旅客坚持携带或者夹带违禁物品的，承运人应当拒绝运输。

第二百九十八条　承运人应当向旅客及时告知有关不能正常运输的重要事由和安全运输应当注意的事项。

第二百九十九条　承运人应当按照客票载明的时间和班次运输旅客。承运人迟延运输的，应当根据旅客的要求安排改乘其他班次或者退票。

第三百条　承运人擅自变更运输工具而降低服务标准的，应当根

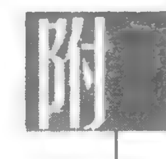
据旅客的要求退票或者减收票款；提高服务标准的，不应当加收票款。

第三百零一条 承运人在运输过程中，应当尽力救助患有急病、分娩、遇险的旅客。

第三百零二条 承运人应当对运输过程中旅客的伤亡承担损害赔偿责任，但伤亡是旅客自身健康原因造成的或者承运人证明伤亡是旅客故意、重大过失造成的除外。

前款规定适用于按照规定免票、持优待票或者经承运人许可搭乘的无票旅客。

第三百零三条 在运输过程中旅客自带物品毁损、灭失，承运人有过错的，应当承担损害赔偿责任。



旅客托运的行李毁损、灭失的，适用货物运输的有关规定。

第三节　货运合同

第三百零四条 托运人办理货物运输，应当向承运人准确表明收货人的名称或者姓名或者凭指示的收货人，货物的名称、性质、重量、数量，收货地点等有关货物运输的必要情况。

因托运人申报不实或者遗漏重要情况，造成承运人损失的，托运人应当承担损害赔偿责任。

第三百零五条 货物运输需要办理审批、检验等手续的，托运人应当将办理完有关手续的文件提交承运人。

第三百零六条 托运人应当按照约定的方式包装货物。对包装方式没有约定或者约定不明确的，适用本法第一百五十六条的规定。

托运人违反前款规定的，承运人可以拒绝运输。

第三百零七条 托运人托运易燃、易爆、有毒、有腐蚀性、有放射性等危险物品的，应当按照国家有关危险物品运输的规定对危险物品妥善包装，作出危险物标志和标签，并将有关危险物品的名称、性质和防范措施的书面材料提交承运人。

托运人违反前款规定的，承运人可以拒绝运输，也可以采取相应措施以避免损失的发生，因此产生的费用由托运人承担。

第三百零八条 在承运人将货物交付收货人之前，托运人可以要求承运人中止运输、返还货物、变更到达地或者将货物交给其他收货人,但应当赔偿承运人因此受到的损失。

第三百零九条 货物运输到达后,承运人知道收货人的,应当及时通知收货人,收货人应当及时提货。收货人逾期提货的,应当向承运人支付保管费等费用。

第三百一十条 收货人提货时应当按照约定的期限检验货物。对检验货物的期限没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的,应当在合理期限内检验货物。收货人在约定的期限或者合理期限内对货物的数量、毁损等未提出异议的,视为承运人已经按照运输单证的记载交付的初步证据。

第三百一十一条 承运人对运输过程中货物的毁损、灭失承担损害赔偿责任,但承运人证明货物的毁损、灭失是因不可抗力、货物本身的自然性质或者合理损耗以及托运人、收货人的过错造成的,不承担损害赔偿责任。

第三百一十二条 货物的毁损、灭失的赔偿额，当事人有约定的,按照其约定;没有约定或者约定不明确,依照本法第六十一条的规定仍不能确定的,按照交付或者应当交付时货物到达地的市场价格计算。法律、行政法规对赔偿额的计算方法和赔偿限额另有规定的,依照其规定。

第三百一十三条 两个以上承运人以同一运输方式联运的,与托运人订立合同的承运人应当对全程运输承担责任。损失发生在某一运输区段的,与托运人订立合同的承运人和该区段的承运人承担连带责任。

第三百一十四条 货物在运输过程中因不可抗力灭失，未收取运费的,承运人不得要求支付运费;已收取运费的,托运人可以要求返还。

第三百一十五条 托运人或者收货人不支付运费、保管费以及其他运输费用的,承运人对相应的运输货物享有留置权,但当事人另有约

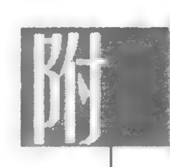
定的除外。

第三百一十六条 收货人不明或者收货人无正当理由拒绝受领货物的，依照本法第一百零一条的规定，承运人可以提存货物。

第四节 多式联运合同

第三百一十七条 多式联运经营人负责履行或者组织履行多式联运合同，对全程运输享有承运人的权利，承担承运人的义务。

第三百一十八条 多式联运经营人可以与参加多式联运的各区段承运人就多式联运合同的各区段运输约定相互之间的责任，但该约定不影响多式联运经营人对全程运输承担的义务。



第三百一十九条 多式联运经营人收到托运人交付的货物时，应当签发多式联运单据。按照托运人的要求，多式联运单据可以是可转让单据，也可以是不可转让单据。

录

第三百二十条 因托运人托运货物时的过错造成多式联运经营人损失的，即使托运人已经转让多式联运单据，托运人仍然应当承担损害赔偿责任。

第三百二十一条 货物的毁损、灭失发生于多式联运的某一运输区段的，多式联运经营人的赔偿责任和责任限额，适用调整该区段运输方式的有关法律规定。货物毁损、灭失发生的运输区段不能确定的，依照本章规定承担损害赔偿责任。

第十八章 技术合同

第一节 一般规定

第三百二十二条 技术合同是当事人就技术开发、转让、咨询或者服务订立的确立相互之间权利和义务的合同。

第三百二十三条 订立技术合同，应当有利于科学技术的进步，加速科学技术成果的转化、应用和推广。

第三百二十四条 技术合同的内容由当事人约定，一般包括以下条款：

（一）项目名称；

（二）标的的内容、范围和要求；

（三）履行的计划、进度、期限、地点、地域和方式；

（四）技术情报和资料的保密；

（五）风险责任的承担；

（六）技术成果的归属和收益的分成办法；

（七）验收标准和方法；

（八）价款、报酬或者使用费及其支付方式；

（九）违约金或者损失赔偿的计算方法；

（十）解决争议的方法；

（十一）名词和术语的解释。

与履行合同有关的技术背景资料、可行性论证和技术评价报告、项目任务书和计划书、技术标准、技术规范、原始设计和工艺文件，以及其他技术文档，按照当事人的约定可以作为合同的组成部分。

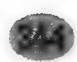
技术合同涉及专利的，应当注明发明创造的名称、专利申请人和专利权人、申请日期、申请号、专利号以及专利权的有效期限。

第三百二十五条 技术合同价款、报酬或者使用费的支付方式由当事人约定，可以采取一次总算、一次总付或者一次总算、分期支付，也可以采取提成支付或者提成支付附加预付入门费的方式。

约定提成支付的，可以按照产品价格、实施专利和使用技术秘密后新增的产值、利润或者产品销售额的一定比例提成，也可以按照约定的其他方式计算。提成支付的比例可以采取固定比例、逐年递增比例或者逐年递减比例。

约定提成支付的，当事人应当在合同中约定查阅有关会计帐目的办法。

第三百二十六条 职务技术成果的使用权、转让权属于法人或者其他组织的，法人或者其他组织可以就该项职务技术成果订立技术合同。法人或者其他组织应当从使用和转让该项职务技术成果所取得的收益中提取一定比例，对完成该项职务技术成果的个人给予奖励或者



报酬。法人或者其他组织订立技术合同转让职务技术成果时，职务技术成果的完成人享有以同等条件优先受让的权利。

职务技术成果是执行法人或者其他组织的工作任务，或者主要是利用法人或者其他组织的物质技术条件所完成的技术成果。

第三百二十七条 非职务技术成果的使用权、转让权属于完成技术成果的个人，完成技术成果的个人可以就该项非职务技术成果订立技术合同。

第三百二十八条 完成技术成果的个人有在有关技术成果文件上写明自己是技术成果完成者的权利和取得荣誉证书、奖励的权利。

第三百二十九条 非法垄断技术、妨碍技术进步或者侵害他人技术成果的技术合同无效。

第二节 技术开发合同

第三百三十条 技术开发合同是指当事人之间就新技术、新产品、新工艺或者新材料及其系统的研究开发所订立的合同。

技术开发合同包括委托开发合同和合作开发合同。

技术开发合同应当采用书面形式。

当事人之间就具有产业应用价值的科技成果实施转化订立的合同，参照技术开发合同的规定。

第三百三十一条 委托开发合同的委托人应当按照约定支付研究开发经费和报酬；提供技术资料、原始数据；完成协作事项；接受研究开发成果。

第三百三十二条 委托开发合同的研究开发人应当按照约定制定和实施研究开发计划；合理使用研究开发经费；按期完成研究开发工作，交付研究开发成果，提供有关的技术资料和必要的技术指导，帮助委托人掌握研究开发成果。

第三百三十三条 委托人违反约定造成研究开发工作停滞、延误或者失败的，应当承担违约责任。

第三百三十四条 研究开发人违反约定造成研究开发工作停滞、

延误或者失败的，应当承担违约责任。

第三百三十五条 合作开发合同的当事人应当按照约定进行投资，包括以技术进行投资；分工参与研究开发工作；协作配合研究开发工作。

第三百三十六条 合作开发合同的当事人违反约定造成研究开发工作停滞、延误或者失败的，应当承担违约责任。

第三百三十七条 因作为技术开发合同标的的技术已经由他人公开，致使技术开发合同的履行没有意义的，当事人可以解除合同。

第三百三十八条 技术开发合同履行过程中，因出现无法克服的技术困难，致使研究开发失败或者部分失败的，该风险责任由当事人约定。没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，风险责任由当事人合理分担。

当事人一方发现前款规定的可能致使研究开发失败或者部分失败的情形时，应当及时通知另一方并采取适当措施减少损失。没有及时通知并采取适当措施，致使损失扩大的，应当就扩大的损失承担责任。

第三百三十九条 委托开发完成的发明创造，除当事人另有约定的以外，申请专利的权利属于研究开发人。研究开发人取得专利权的，委托人可以免费实施该专利。

研究开发人转让专利申请权的，委托人享有以同等条件优先受让的权利。

第三百四十条 合作开发完成的发明创造，除当事人另有约定的以外，申请专利的权利属于合作开发的当事人共有。当事人一方转让其共有的专利申请权的，其他各方享有以同等条件优先受让的权利。

合作开发的当事人一方声明放弃其共有的专利申请权的，可以由另一方单独申请或者由其他各方共同申请。申请人取得专利权的，放弃专利申请权的一方可以免费实施该专利。

合作开发的当事人一方不同意申请专利的，另一方或者其他各方不得申请专利。



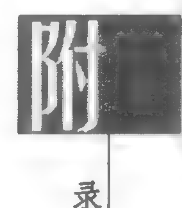
第三百四十一条 委托开发或者合作开发完成的技术秘密成果的使用权、转让权以及利益的分配办法，由当事人约定。没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，当事人均有使用和转让的权利，但委托开发的研究开发人不得在向委托人交付研究开发成果之前，将研究开发成果转让给第三人。

第三节 技术转让合同

第三百四十二条 技术转让合同包括专利权转让、专利申请权转让、技术秘密转让、专利实施许可合同。

技术转让合同应当采用书面形式。

第三百四十三条 技术转让合同可以约定让与人和受让人实施专利或者使用技术秘密的范围，但不得限制技术竞争和技术发展。



第三百四十四条 专利实施许可合同只在该专利权的存续期间内有效。专利权有效期限届满或者专利权被宣布无效的，专利权人不得就该专利与他人订立专利实施许可合同。

第三百四十五条 专利实施许可合同的让与人应当按照约定许可受让人实施专利，交付实施专利有关的技术资料，提供必要的技术指导。

第三百四十六条 专利实施许可合同的受让人应当按照约定实施专利，不得许可约定以外的第三人实施该专利；并按照约定支付使用费。

第三百四十七条 技术秘密转让合同的让与人应当按照约定提供技术资料，进行技术指导，保证技术的实用性、可靠性，承担保密义务。

第三百四十八条 技术秘密转让合同的受让人应当按照约定使用技术，支付使用费，承担保密义务。

第三百四十九条 技术转让合同的让与人应当保证自己是所提供的技术的合法拥有者，并保证所提供的技术完整、无误、有效，能够达到约定的目标。

第三百五十条 技术转让合同的受让人应当按照约定的范围和期

限,对让与人提供的技术中尚未公开的秘密部分,承担保密义务。

第三百五十一条 让与人未按照约定转让技术的，应当返还部分或者全部使用费,并应当承担违约责任;实施专利或者使用技术秘密超越约定的范围的，违反约定擅自许可第三人实施该项专利或者使用该项技术秘密的,应当停止违约行为,承担违约责任;违反约定的保密义务的,应当承担违约责任。

第三百五十二条 受让人未按照约定支付使用费的，应当补交使用费并按照约定支付违约金;不补交使用费或者支付违约金的,应当停止实施专利或者使用技术秘密,交还技术资料,承担违约责任;实施专利或者使用技术秘密超越约定的范围的，未经让与人同意擅自许可第三人实施该专利或者使用该技术秘密的,应当停止违约行为,承担违约责任;违反约定的保密义务的,应当承担违约责任。

第三百五十三条 受让人按照约定实施专利、使用技术秘密侵害他人合法权益的,由让与人承担责任,但当事人另有约定的除外。

第三百五十四条 当事人可以按照互利的原则，在技术转让合同中约定实施专利、使用技术秘密后续改进的技术成果的分享办法。没有约定或者约定不明确,依照本法第六十一条的规定仍不能确定的,一方后续改进的技术成果,其他各方无权分享。

第三百五十五条 法律、行政法规对技术进出口合同或者专利、专利申请合同另有规定的,依照其规定。

第四节 技术咨询合同和技术服务合同

第三百五十六条 技术咨询合同包括就特定技术项目提供可行性论证、技术预测、专题技术调查、分析评价报告等合同。

技术服务合同是指当事人一方以技术知识为另一方解决特定技术问题所订立的合同,不包括建设工程合同和承揽合同。

第三百五十七条 技术咨询合同的委托人应当按照约定阐明咨询的问题,提供技术背景材料及有关技术资料、数据;接受受托人的工作成果,支付报酬。

第三百五十八条 技术咨询合同的受托人应当按照约定的期限完成咨询报告或者解答问题；提出的咨询报告应当达到约定的要求。

第三百五十九条 技术咨询合同的委托人未按照约定提供必要的资料和数据，影响工作进度和质量，不接受或者逾期接受工作成果的，支付的报酬不得追回，未支付的报酬应当支付。

技术咨询合同的受托人未按期提出咨询报告或者提出的咨询报告不符合约定的，应当承担减收或者免收报酬等违约责任。

技术咨询合同的委托人按照受托人符合约定要求的咨询报告和意见作出决策所造成的损失，由委托人承担，但当事人另有约定的除外。



第三百六十条 技术服务合同的委托人应当按照约定提供工作条件，完成配合事项；接受工作成果并支付报酬。

第三百六十一条 技术服务合同的受托人应当按照约定完成服务项目，解决技术问题，保证工作质量，并传授解决技术问题的知识。

第三百六十二条 技术服务合同的委托人不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，影响工作进度和质量，不接受或者逾期接受工作成果的，支付的报酬不得追回，未支付的报酬应当支付。技术服务合同的受托人未按照合同约定完成服务工作的，应当承担免收报酬等违约责任。

第三百六十三条 技术咨询合同、技术服务合同履行过程中，受托人利用委托人提供的技术资料和工作条件完成的新的技术成果，属于受托人。委托人利用受托人的工作成果完成的新的技术成果，属于委托人。当事人另有约定的，按照其约定。

第三百六十四条 法律、行政法规对技术中介合同、技术培训合同另有规定的，依照其规定。

第十九章　保管合同

第三百六十五条 保管合同是保管人保管寄存人交付的保管物，并返还该物的合同。

第三百六十六条 寄存人应当按照约定向保管人支付保管费。

当事人对保管费没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，保管是无偿的。

第三百六十七条 保管合同自保管物交付时成立，但当事人另有约定的除外。

第三百六十八条 寄存人向保管人交付保管物的，保管人应当给付保管凭证，但另有交易习惯的除外。

第三百六十九条 保管人应当妥善保管保管物。

当事人可以约定保管场所或者方法。除紧急情况或者为了维护寄存人利益的以外，不得擅自改变保管场所或者方法。

第三百七十条 寄存人交付的保管物有瑕疵或者按照保管物的性质需要采取特殊保管措施的，寄存人应当将有关情况告知保管人。寄存人未告知，致使保管物受损失的，保管人不承担损害赔偿责任；保管人因此受损失的，除保管人知道或者应当知道并且未采取补救措施的以外，寄存人应当承担损害赔偿责任。

第三百七十一条 保管人不得将保管物转交第三人保管，但当事人另有约定的除外。

保管人违反前款规定，将保管物转交第三人保管，对保管物造成损失的，应当承担损害赔偿责任。

第三百七十二条 保管人不得使用或者许可第三人使用保管物，但当事人另有约定的除外。

第三百七十三条 第三人对保管物主张权利的，除依法对保管物采取保全或者执行的以外，保管人应当履行向寄存人返还保管物的义务。

第三人对保管人提起诉讼或者对保管物申请扣押的，保管人应当及时通知寄存人。

第三百七十四条 保管期间，因保管人保管不善造成保管物毁损、灭失的，保管人应当承担损害赔偿责任，但保管是无偿的，保管人证明自己没有重大过失的，不承担损害赔偿责任。

第三百七十五条 寄存人寄存货币、有价证券或者其他贵重物品

的，应当向保管人声明，由保管人验收或者封存。寄存人未声明的，该物品毁损、灭失后，保管人可以按照一般物品予以赔偿。

第三百七十六条 寄存人可以随时领取保管物。

当事人对保管期间没有约定或者约定不明确的，保管人可以随时要求寄存人领取保管物；约定保管期间的，保管人无特别事由，不得要求寄存人提前领取保管物。

第三百七十七条 保管期间届满或者寄存人提前领取保管物的，保管人应当将原物及其孳息归还寄存人。

第三百七十八条 保管人保管货币的，可以返还相同种类、数量的货币。保管其他可替代物的，可以按照约定返还相同种类、品质、数量的物品。

第三百七十九条 有偿的保管合同，寄存人应当按照约定的期限向保管人支付保管费。

当事人对支付期限没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，应当在领取保管物的同时支付。

第三百八十条 寄存人未按照约定支付保管费以及其他费用的，保管人对保管物享有留置权，但当事人另有约定的除外。

第二十章 仓储合同

第三百八十一条 仓储合同是保管人储存存货人交付的仓储物，存货人支付仓储费的合同。

第三百八十二条 仓储合同自成立时起生效。

第三百八十三条 储存易燃、易爆、有毒、有腐蚀性、有放射性等危险物品或者易变质物品，存货人应当说明该物品的性质，提供有关资料。

存货人违反前款规定的，保管人可以拒收仓储物，也可以采取相应措施以避免损失的发生，因此产生的费用由存货人承担。

保管人储存易燃、易爆、有毒、有腐蚀性、有放射性等危险物品的，应当具备相应的保管条件。

第三百八十四条 保管人应当按照约定对入库仓储物进行验收。

保管人验收时发现入库仓储物与约定不符合的，应当及时通知存货人。保管人验收后，发生仓储物的品种、数量、质量不符合约定的，保管人应当承担损害赔偿责任。

第三百八十五条　存货人交付仓储物的，保管人应当给付仓单。

第三百八十六条　保管人应当在仓单上签字或者盖章。仓单包括下列事项：

（一）存货人的名称或者姓名和住所；

（二）仓储物的品种、数量、质量、包装、件数和标记；

（三）仓储物的损耗标准；

（四）储存场所；

（五）储存期间；

（六）仓储费；

（七）仓储物已经办理保险的，其保险金额、期间以及保险人的名称；

（八）填发人、填发地和填发日期。

第三百八十七条　仓单是提取仓储物的凭证。存货人或者仓单持有人在仓单上背书并经保管人签字或者盖章的，可以转让提取仓储物的权利。

第三百八十八条　保管人根据存货人或者仓单持有人的要求，应当同意其检查仓储物或者提取样品。

第三百八十九条　保管人对入库仓储物发现有变质或者其他损坏的，应当及时通知存货人或者仓单持有人。

第三百九十条　保管人对入库仓储物发现有变质或者其他损坏，危及其他仓储物的安全和正常保管的，应当催告存货人或者仓单持有人作出必要的处置。因情况紧急，保管人可以作出必要的处置，但事后应当将该情况及时通知存货人或者仓单持有人。

第三百九十一条　当事人对储存期间没有约定或者约定不明确的，存货人或者仓单持有人可以随时提取仓储物，保管人也可以随时要求存货人或者仓单持有人提取仓储物，但应当给予必要的准备时间。

第三百九十二条 储存期间届满，存货人或者仓单持有人应当凭仓单提取仓储物。存货人或者仓单持有人逾期提取的，应当加收仓储费；提前提取的，不减收仓储费。

第三百九十三条 储存期间届满，存货人或者仓单持有人不提取仓储物的，保管人可以催告其在合理期限内提取，逾期不提取的，保管人可以提存该物。

第三百九十四条 储存期间，因保管人保管不善造成仓储物毁损、灭失的，保管人应当承担损害赔偿责任。

因仓储物的性质、包装不符合约定或者超过有效储存期造成仓储物变质、损坏的，保管人不承担损害赔偿责任。

第三百九十五条 本章没有规定的，适用保管合同的有关规定。



第二十一章 委托合同

第三百九十六条 委托合同是委托人和受托人约定，由受托人处理委托人事务的合同。

第三百九十七条 委托人可以特别委托受托人处理一项或者数项事务，也可以概括委托受托人处理一切事务。

第三百九十八条 委托人应当预付处理委托事务的费用。受托人为处理委托事务垫付的必要费用，委托人应当偿还该费用及其利息。

第三百九十九条 受托人应当按照委托人的指示处理委托事务。需要变更委托人指示的，应当经委托人同意；因情况紧急，难以和委托人取得联系的，受托人应当妥善处理委托事务，但事后应当将该情况及时报告委托人。

第四百条 受托人应当亲自处理委托事务。经委托人同意，受托人可以转委托。转委托经同意的，委托人可以就委托事务直接指示转委托的第三人，受托人仅就第三人的选任及其对第三人的指示承担责任。转委托未经同意的，受托人应当对转委托的第三人的行为承担责任，但在紧急情况下受托人为维护委托人的利益需要转委托的除外。

第四百零一条 受托人应当按照委托人的要求，报告委托事务的

处理情况。委托合同终止时,受托人应当报告委托事务的结果。

第四百零二条 受托人以自己的名义,在委托人的授权范围内与第三人订立的合同,第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系的,该合同直接约束委托人和第三人,但有确切证据证明该合同只约束受托人和第三人的除外。

第四百零三条 受托人以自己的名义与第三人订立合同时,第三人不知道受托人与委托人之间的代理关系的,受托人因第三人的原因对委托人不履行义务,受托人应当向委托人披露第三人,委托人因此可以行使受托人对第三人的权利,但第三人与受托人订立合同时如果知道该委托人就不会订立合同的除外。

受托人因委托人的原因对第三人不履行义务,受托人应当向第三人披露委托人,第三人因此可以选择受托人或者委托人作为相对人主张其权利,但第三人不得变更选定的相对人。

委托人行使受托人对第三人的权利的,第三人可以向委托人主张其对受托人的抗辩。第三人选定委托人作为其相对人的,委托人可以向第三人主张其对受托人的抗辩以及受托人对第三人的抗辩。

第四百零四条 受托人处理委托事务取得的财产,应当转交给委托人。

第四百零五条 受托人完成委托事务的,委托人应当向其支付报酬。因不可归责于受托人的事由,委托合同解除或者委托事务不能完成的,委托人应当向受托人支付相应的报酬。当事人另有约定的,按照其约定。

第四百零六条 有偿的委托合同,因受托人的过错给委托人造成损失的,委托人可以要求赔偿损失。无偿的委托合同,因受托人的故意或者重大过失给委托人造成损失的,委托人可以要求赔偿损失。

受托人超越权限给委托人造成损失的,应当赔偿损失。

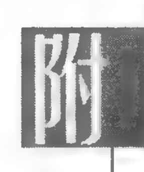
第四百零七条 受托人处理委托事务时,因不可归责于自己的事由受到损失的,可以向委托人要求赔偿损失。

第四百零八条 委托人经受托人同意，可以在受托人之外委托第三人处理委托事务。因此给受托人造成损失的，受托人可以向委托人要求赔偿损失。

第四百零九条 两个以上的受托人共同处理委托事务的，对委托人承担连带责任。

第四百一十条 委托人或者受托人可以随时解除委托合同。因解除委托合同给对方造成损失的，除不可归责于该当事人的事由以外，应当赔偿损失。

第四百一十一条 委托人或者受托人死亡、丧失民事行为能力或者破产的，委托合同终止，但当事人另有约定或者根据委托事务的性质不宜终止的除外。



第四百一十二条 因委托人死亡、丧失民事行为能力或者破产，致使委托合同终止将损害委托人利益的，在委托人的继承人、法定代理人或者清算组织承受委托事务之前，受托人应当继续处理委托事务。

第四百一十三条 因受托人死亡、丧失民事行为能力或者破产，致使委托合同终止的，受托人的继承人、法定代理人或者清算组织应当及时通知委托人。因委托合同终止将损害委托人利益的，在委托人作出善后处理之前，受托人的继承人、法定代理人或者清算组织应当采取必要措施。

第二十二章 行纪合同

第四百一十四条 行纪合同是行纪人以自己的名义为委托人从事贸易活动，委托人支付报酬的合同。

第四百一十五条 行纪人处理委托事务支出的费用，由行纪人负担，但当事人另有约定的除外。

第四百一十六条 行纪人占有委托物的，应当妥善保管委托物。

第四百一十七条 委托物交付给行纪人时有瑕疵或者容易腐烂、变质的，经委托人同意，行纪人可以处分该物；和委托人不能及时取得联系的，行纪人可以合理处分。

第四百一十八条 行纪人低于委托人指定的价格卖出或者高于委托人指定的价格买入的,应当经委托人同意。未经委托人同意,行纪人补偿其差额的,该买卖对委托人发生效力。

行纪人高于委托人指定的价格卖出或者低于委托人指定的价格买入的,可以按照约定增加报酬。没有约定或者约定不明确,依照本法第六十一条的规定仍不能确定的,该利益属于委托人。

委托人对价格有特别指示的,行纪人不得违背该指示卖出或者买入。

第四百一十九条 行纪人卖出或者买入具有市场定价的商品,除委托人有相反的意思表示的以外,行纪人自己可以作为买受人或者出卖人。

行纪人有前款规定情形的,仍然可以要求委托人支付报酬。

第四百二十条 行纪人按照约定买入委托物,委托人应当及时受领。经行纪人催告,委托人无正当理由拒绝受领的,行纪人依照本法第一百零一条的规定可以提存委托物。

委托物不能卖出或者委托人撤回出卖,经行纪人催告,委托人不取回或者不处分该物的,行纪人依照本法第一百零一条的规定可以提存委托物。

第四百二十一条 行纪人与第三人订立合同的,行纪人对该合同直接享有权利、承担义务。

第三人不履行义务致使委托人受到损害的,行纪人应当承担损害赔偿责任,但行纪人与委托人另有约定的除外。

第四百二十二条 行纪人完成或者部分完成委托事务的,委托人应当向其支付相应的报酬。委托人逾期不支付报酬的,行纪人对委托物享有留置权,但当事人另有约定的除外。

第四百二十三条 本章没有规定的,适用委托合同的有关规定。

第二十三章 居间合同

第四百二十四条 居间合同是居间人向委托人报告订立合同的机



会或者提供订立合同的媒介服务，委托人支付报酬的合同。

第四百二十五条 居间人应当就有关订立合同的事项向委托人如实报告。

居间人故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况，损害委托人利益的，不得要求支付报酬并应当承担损害赔偿责任。

第四百二十六条 居间人促成合同成立的，委托人应当按照约定支付报酬。对居间人的报酬没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，根据居间人的劳务合理确定。因居间人提供订立合同的媒介服务而促成合同成立的，由该合同的当事人平均负担居间人的报酬。



居间人促成合同成立的，居间活动的费用，由居间人负担。

第四百二十七条 居间人未促成合同成立的，不得要求支付报酬，但可以要求委托人支付从事居间活动支出的必要费用。

第四百二十八条 本法自1999年10月1日起施行，《中华人民共和国经济合同法》、《中华人民共和国涉外经济合同法》、《中华人民共和国技术合同法》同时废止。

最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释(一)

为了正确审理合同纠纷案件,根据《中华人民共和国合同法》(以下简称合同法)的规定,对人民法院适用合同法的有关问题作出如下解释:

一、法律适用范围

第一条 合同法实施以后成立的合同发生纠纷起诉到人民法院的,适用合同法的规定;合同法实施以前成立的合同发生纠纷起诉到人民法院的,除本解释另有规定的以外,适用当时的法律规定,当时没有法律规定的,可以适用合同法的有关规定。

第二条 合同成立于合同法实施之前,但合同约定的履行期限跨越合同法实施之日或者履行期限在合同法实施之后,因履行合同发生的纠纷,适用合同法第四章的有关规定。

第三条 人民法院确认合同效力时,对合同法实施以前成立的合同,适用当时的法律合同无效而适用合同法合同有效的,则适用合同法。

第四条 合同法实施以后,人民法院确认合同无效,应当以全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据,不得以地方性法规、行政规章为依据。

第五条 人民法院对合同法实施以前已经作出终审裁决的案件进行再审,不适用合同法。

二、诉讼时效

第六条 技术合同争议当事人的权利受到侵害的事实发生在合同法实施之前,自当事人知道或者应当知道其权利受到侵害之日起至合



同法实施之日超过一年的，人民法院不予保护；尚未超过一年的，其提起诉讼的时效期间为两年。

第七条 技术进出口合同争议当事人的权利受到侵害的事实发生在合同法实施之前，自当事人知道或者应当知道其权利受到侵害之日起至合同法施行之日超过两年的，人民法院不予保护；尚未超过两年的，其提起诉讼的时效期间为四年。

第八条 合同法第五十五条规定的"一年"、第七十五条和第一百零四条第二款规定的"五年"为不变期间，不适用诉讼时效中止、中断或者延长的规定。



三、合同效力

第九条 依照合同法第四十四条第二款的规定，法律、行政法规规定合同应当办理批准手续，或者办理批准、登记等手续才生效，在一审法庭辩论终结前当事人仍未办理批准手续的，或者仍未办理批准、登记等手续的，人民法院应当认定该合同未生效；法律、行政法规规定合同应当办理登记手续，但未规定登记后生效的，当事人未办理登记手续不影响合同的效力，合同标的物所有权及其他物权不能转移。

合同法第七十七条第二款、第八十七条、第九十六条第二款所列合同变更、转让、解除等情形，依照前款规定处理。

第十条 当事人超越经营范围订立合同，人民法院不因此认定合同无效。但违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定的除外。

四、代位权

第十一条 债权人依照合同法第七十三条的规定提起代位权诉讼，应当符合下列条件：

（一）债权人对债务人的债权合法；

（二）债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害；

（三）债务人的债权已到期；

（四）债务人的债权不是专属于债务人自身的债权。

第十二条 合同法第七十三条第一款规定的专属于债务人自身的债权，是指基于扶养关系、抚养关系、赡养关系、继承关系产生的给付请求权和劳动报酬、退休金、养老金、抚恤金、安置费、人寿保险、人身伤害赔偿请求权等权利。

第十三条 合同法第七十三条规定的“债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的”，是指债务人不履行其对债权人的到期债务，又不以诉讼方式或者仲裁方式向其债务人主张其享有的具有金钱给付内容的到期债权，致使债权人的到期债权未能实现。

次债务人（即债务人的债务人）不认为债务人有怠于行使其到期债权情况的，应当承担举证责任。

第十四条 债权人依照合同法第七十三条的规定提起代位权诉讼的，由被告住所地人民法院管辖。

第十五条 债权人向人民法院起诉债务人以后，又向同一人民法院对次债务人提起代位权诉讼，符合本解释第十三条的规定和《中华人民共和国民事诉讼法》第一百零八条规定的起诉条件的，应当立案受理；不符合本解释第十三条规定的，告知债权人向次债务人住所地人民法院另行起诉。

受理代位权诉讼的人民法院在债权人起诉债务人的诉讼裁决发生法律效力以前，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十六条第（五）项的规定中止代位权诉讼。

第十六条 债权人以次债务人为被告向人民法院提起代位权诉讼，未将债务人列为第三人的，人民法院可以追加债务人为第三人。

两个或者两个以上债权人以同一次债务人为被告提起代位权诉讼的，人民法院可以合并审理。

第十七条 在代位权诉讼中，债权人请求人民法院对次债务人的财产采取保全措施的，应当提供相应的财产担保。

第十八条 在代位权诉讼中，次债务人对债务人的抗辩，可以向债权人主张。

债务人在代位权诉讼中对债权人的债权提出异议，经审查异议成立的，人民法院应当裁定驳回债权人的起诉。

第十九条 在代位权诉讼中，债权人胜诉的，诉讼费由次债务人负担，从实现的债权中优先支付。

第二十条 债权人向次债务人提起的代位权诉讼经人民法院审理后认定代位权成立的，由次债务人向债权人履行清偿义务，债权人与债务人、债务人与次债务人之间相应的债权债务关系即予消灭。

第二十一条 在代位权诉讼中，债权人行使代位权的请求数额超过债务人所负债务额或者超过次债务人对债务人所负债务额的，对超出部分人民法院不予支持。



第二十二条 债务人在代位权诉讼中，对超过债权人代位请求数额的债权部分起诉次债务人的，人民法院应当告知其向有管辖权的人民法院另行起诉。

债务人的起诉符合法定条件的，人民法院应当受理；受理债务人起诉的人民法院在代位权诉讼裁决发生法律效力以前，应当依法中止。

五、撤销权

第二十三条 债权人依照合同法第七十四条的规定提起撤销权诉讼的，由被告住所地人民法院管辖。

第二十四条 债权人依照合同法第七十四条的规定提起撤销权诉讼时只以债务人为被告，未将受益人或者受让人列为第三人的，人民法院可以追加该受益人或者受让人为第三人。

第二十五条 债权人依照合同法第七十四条的规定提起撤销权诉讼，请求人民法院撤销债务人放弃债权或转让财产的行为，人民法院应当就债权人主张的部分进行审理，依法撤销的，该行为自始无效。

两个或者两个以上债权人以同一债务人为被告，就同一标的提起撤销权诉讼的，人民法院可以合并审理。

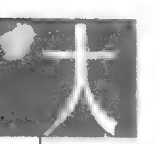
第二十六条 债权人行使撤销权所支付的律师代理费、差旅费等必要费用，由债务人负担；第三人有过错的，应当适当分担。

六、合同转让中的第三人

第二十七条 债权人转让合同权利后，债务人与受让人之间因履行合同发生纠纷诉至人民法院，债务人对债权人的权利提出抗辩的，可以将债权人列为第三人。

第二十八条 经债权人同意，债务人转移合同义务后，受让人与债权人之间因履行合同发生纠纷诉至人民法院，受让人就债务人对债权人的权利提出抗辩的，可以将债务人列为第三人。

第二十九条 合同当事人一方经对方同意将其在合同中的权利义务一并转让给受让人，对方与受让人因履行合同发生纠纷诉至人民法院，对方就合同权利义务提出抗辩的，可以将出让方列为第三人。



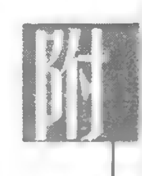
七、请求权竞合

第三十条 债权人依照合同法第一百二十二条的规定向人民法院起诉时作出选择后，在一审开庭以前又变更诉讼请求的，人民法院应当准许。对方当事人提出管辖权异议，经审查异议成立的，人民法院应当驳回起诉。

最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释(二)

为了正确审理合同纠纷案件,根据《中华人民共和国合同法》的规定,对人民法院适用合同法的有关问题作出如下解释:

一、合同的订立



第一条 当事人对合同是否成立存在争议,人民法院能够确定当事人名称或者姓名、标的和数量的,一般应当认定合同成立。但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

对合同欠缺的前款规定以外的其他内容,当事人达不成协议的,人民法院依照合同法第六十一条、第六十二条、第一百二十五条等有关规定予以确定。

第二条 当事人未以书面形式或者口头形式订立合同,但从双方从事的民事行为能够推定双方有订立合同意愿的,人民法院可以认定是以合同法第十条第一款中的“其他形式”订立的合同。但法律另有规定的除外。

第三条 悬赏人以公开方式声明对完成一定行为的人支付报酬,完成特定行为的人请求悬赏人支付报酬的,人民法院依法予以支持。但悬赏有合同法第五十二条规定情形的除外。

第四条 采用书面形式订立合同,合同约定的签订地与实际签字或者盖章地点不符的,人民法院应当认定约定的签订地为合同签订地;合同没有约定签订地,双方当事人签字或者盖章不在同一地点的,人民法院应当认定最后签字或者盖章的地点为合同签订地。

第五条 当事人采用合同书形式订立合同的,应当签字或者盖章。当事人在合同书上摁手印的,人民法院应当认定其具有与签字或者盖

章同等的法律效力。

第六条 提供格式条款的一方对格式条款中免除或者限制其责任的内容，在合同订立时采用足以引起对方注意的文字、符号、字体等特别标识，并按照对方的要求对该格式条款予以说明的，人民法院应当认定符合合同法第三十九条所称“采取合理的方式”。

提供格式条款一方对已尽合理提示及说明义务承担举证责任。

第七条 下列情形，不违反法律、行政法规强制性规定的，人民法院可以认定为合同法所称“交易习惯”：

（一）在交易行为当地或者某一领域、某一行业通常采用并为交易对方订立合同时所知道或者应当知道的做法；

（二）当事人双方经常使用的习惯做法。

对于交易习惯，由提出主张的一方当事人承担举证责任。

第八条 依照法律、行政法规的规定经批准或者登记才能生效的合同成立后，有义务办理申请批准或者申请登记等手续的一方当事人未按照法律规定或者合同约定办理申请批准或者未申请登记的，属于合同法第四十二条第（三）项规定的“其他违背诚实信用原则的行为”，人民法院可以根据案件的具体情况和相对人的请求，判决相对人自己办理有关手续；对方当事人对由此产生的费用和给相对人造成的实际损失，应当承担损害赔偿责任。

二、合同的效力

第九条 提供格式条款的一方当事人违反合同法第三十九条第一款关于提示和说明义务的规定，导致对方没有注意免除或者限制其责任的条款，对方当事人申请撤销该格式条款的，人民法院应当支持。

第十条 提供格式条款的一方当事人违反合同法第三十九条第一款的规定，并具有合同法第四十条规定的情形之一的，人民法院应当认定该格式条款无效。

第十一条 根据合同法第四十七条、第四十八条的规定，追认的意思表示自到达相对人时生效，合同自订立时起生效。

第十二条 无权代理人以被代理人的名义订立合同，被代理人已经开始履行合同义务的，视为对合同的追认。

第十三条 被代理人依照合同法第四十九条的规定承担有效代理行为所产生的责任后，可以向无权代理人追偿因代理行为而遭受的损失。

第十四条 合同法第五十二条第（五）项规定的“强制性规定”，是指效力性强制性规定。

第十五条 出卖人就同一标的物订立多重买卖合同，合同均不具有合同法第五十二条规定的无效情形，买受人因不能按照合同约定取得标的物所有权，请求追究出卖人违约责任的，人民法院应予支持。

三、合同的履行

第十六条 人民法院根据具体案情可以将合同法第六十四条、第六十五条规定的第三人列为无独立请求权的第三人，但不得依职权将其列为该合同诉讼案件的被告或者有独立请求权的第三人。

第十七条 债权人以境外当事人为被告提起的代位权诉讼，人民法院根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百四十一条的规定确定管辖。

第十八条 债务人放弃其未到期的债权或者放弃债权担保，或者恶意延长到期债权的履行期，对债权人造成损害，债权人依照合同法第七十四条的规定提起撤销权诉讼的，人民法院应当支持。

第十九条 对于合同法第七十四条规定的“明显不合理的低价”，人民法院应当以交易当地一般经营者的判断，并参考交易当时交易地的物价部门指导价或者市场交易价，结合其他相关因素综合考虑予以确认。

转让价格达不到交易时交易地的指导价或者市场交易价百分之七十的，一般可以视为明显不合理的低价；对转让价格高于当地指导价或者市场交易价百分之三十的，一般可以视为明显不合理的高价。

债务人以明显不合理的高价收购他人财产，人民法院可以根据债

权人的申请,参照合同法第七十四条的规定予以撤销。

第二十条 债务人的给付不足以清偿其对同一债权人所负的数笔相同种类的全部债务，应当优先抵充已到期的债务；几项债务均到期的,优先抵充对债权人缺乏担保或者担保数额最少的债务;担保数额相同的,优先抵充债务负担较重的债务;负担相同的,按照债务到期的先后顺序抵充;到期时间相同的,按比例抵充。但是,债权人与债务人对清偿的债务或者清偿抵充顺序有约定的除外。

第二十一条 债务人除主债务之外还应当支付利息和费用，当其给付不足以清偿全部债务时,并且当事人没有约定的,人民法院应当按照下列顺序抵充:

(一)实现债权的有关费用;

(二)利息;

(三)主债务。

四、合同的权利义务终止

第二十二条 当事人一方违反合同法第九十二条规定的义务,给对方当事人造成损失,对方当事人请求赔偿实际损失的,人民法院应当支持。

第二十三条 对于依照合同法第九十九条的规定可以抵销的到期债权,当事人约定不得抵销的,人民法院可以认定该约定有效。

第二十四条 当事人对合同法第九十六条、第九十九条规定的合同解除或者债务抵销虽有异议，但在约定的异议期限届满后才提出异议并向人民法院起诉的，人民法院不予支持；当事人没有约定异议期间，在解除合同或者债务抵销通知到达之日起三个月以后才向人民法院起诉的,人民法院不予支持。

第二十五条 依照合同法第一百零一条的规定，债务人将合同标的物或者标的物拍卖、变卖所得价款交付提存部门时,人民法院应当认定提存成立。

提存成立的,视为债务人在其提存范围内已经履行债务。



第二十六条 合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化,继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的,当事人请求人民法院变更或者解除合同的,人民法院应当根据公平原则,并结合案件的实际情况确定是否变更或者解除。

五、违约责任

第二十七条 当事人通过反诉或者抗辩的方式,请求人民法院依照合同法第一百一十四条第二款的规定调整违约金的,人民法院应予支持。



第二十八条 当事人依照合同法第一百一十四条第二款的规定,请求人民法院增加违约金的,增加后的违约金数额以不超过实际损失额为限。增加违约金以后,当事人又请求对方赔偿损失的,人民法院不予支持。

第二十九条 当事人主张约定的违约金过高请求予以适当减少的,人民法院应当以实际损失为基础,兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等综合因素,根据公平原则和诚实信用原则予以衡量,并作出裁决。

当事人约定的违约金超过造成损失的百分之三十的,一般可以认定为合同法第一百一十四条第二款规定的"过分高于造成的损失"。

六、附则

第三十条 合同法施行后成立的合同发生纠纷的案件,本解释施行后尚未终审的,适用本解释;本解释施行前已经终审,当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的,不适用本解释。

最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释

为正确审理买卖合同纠纷案件，根据《中华人民共和国民法通则》、《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国物权法》、《中华人民共和国民事诉讼法》等法律的规定，结合审判实践，制定本解释。

一、买卖合同的成立及效力

第一条 当事人之间没有书面合同，一方以送货单、收货单、结算单、发票等主张存在买卖合同关系的，人民法院应当结合当事人之间的交易方式、交易习惯以及其他相关证据，对买卖合同是否成立作出认定。

对账确认函、债权确认书等函件、凭证没有记载债权人名称，买卖合同当事人一方以此证明存在买卖合同关系的，人民法院应予支持，但有相反证据足以推翻的除外。

第二条 当事人签订认购书、订购书、预订书、意向书、备忘录等预约合同，约定在将来一定期限内订立买卖合同，一方不履行订立买卖合同的义务，对方请求其承担预约合同违约责任或者要求解除预约合同并主张损害赔偿的，人民法院应予支持。

第三条 当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的，人民法院不予支持。

出卖人因未取得所有权或者处分权致使标的物所有权不能转移，买受人要求出卖人承担违约责任或者要求解除合同并主张损害赔偿的，人民法院应予支持。

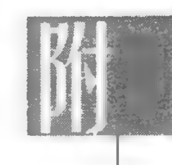
第四条 人民法院在按照合同法的规定认定电子交易合同的成立及效力的同时，还应当适用电子签名法的相关规定。

二、标的物交付和所有权转移

第五条 标的物为无需以有形载体交付的电子信息产品，当事人对交付方式约定不明确，且依照合同法第六十一条的规定仍不能确定的,买受人收到约定的电子信息产品或者权利凭证即为交付。

第六条 根据合同法第一百六十二条的规定，买受人拒绝接收多交部分标的物的,可以代为保管多交部分标的物。买受人主张出卖人负担代为保管期间的合理费用的,人民法院应予支持。

买受人主张出卖人承担代为保管期间非因买受人故意或者重大过失造成的损失的,人民法院应予支持。



第七条 合同法第一百三十六条规定的“提取标的物单证以外的有关单证和资料”,主要应当包括保险单、保修单、普通发票、增值税专用发票、产品合格证、质量保证书、质量鉴定书、品质检验证书、产品进出口检疫书、原产地证明书、使用说明书、装箱单等。

第八条 出卖人仅以增值税专用发票及税款抵扣资料证明其已履行交付标的物义务,买受人不认可的,出卖人应当提供其他证据证明交付标的物的事实。

合同约定或者当事人之间习惯以普通发票作为付款凭证，买受人以普通发票证明已经履行付款义务的,人民法院应予支持,但有相反证据足以推翻的除外。

第九条 出卖人就同一普通动产订立多重买卖合同，在买卖合同均有效的情况下,买受人均要求实际履行合同的,应当按照以下情形分别处理：

(一)先行受领交付的买受人请求确认所有权已经转移的,人民法院应予支持；

(二)均未受领交付,先行支付价款的买受人请求出卖人履行交付标的物等合同义务的,人民法院应予支持；

(三)均未受领交付,也未支付价款,依法成立在先合同的买受人请求出卖人履行交付标的物等合同义务的,人民法院应予支持。

第十条 出卖人就同一船舶、航空器、机动车等特殊动产订立多重买卖合同，在买卖合同均有效的情况下，买受人均要求实际履行合同的，应当按照以下情形分别处理：

（一）先行受领交付的买受人请求出卖人履行办理所有权转移登记手续等合同义务的，人民法院应予支持；

（二）均未受领交付，先行办理所有权转移登记手续的买受人请求出卖人履行交付标的物等合同义务的，人民法院应予支持；

（三）均未受领交付，也未办理所有权转移登记手续，依法成立在先合同的买受人请求出卖人履行交付标的物和办理所有权转移登记手续等合同义务的，人民法院应予支持；

（四）出卖人将标的物交付给买受人之一，又为其他买受人办理所有权转移登记，已受领交付的买受人请求将标的物所有权登记在自己名下的，人民法院应予支持。

三、标的物风险负担

第十一条 合同法第一百四十一条第二款第（一）项规定的"标的物需要运输的"，是指标的物由出卖人负责办理托运，承运人系独立于买卖合同当事人之外的运输业者的情形。标的物毁损、灭失的风险负担，按照合同法第一百四十五条的规定处理。

第十二条 出卖人根据合同约定将标的物运送至买受人指定地点并交付给承运人后，标的物毁损、灭失的风险由买受人负担，但当事人另有约定的除外。

第十三条 出卖人出卖交由承运人运输的在途标的物，在合同成立时知道或者应当知道标的物已经毁损、灭失却未告知买受人，买受人主张出卖人负担标的物毁损、灭失的风险的，人民法院应予支持。

第十四条 当事人对风险负担没有约定，标的物为种类物，出卖人未以装运单据、加盖标记、通知买受人等可识别的方式清楚地将标的物特定于买卖合同，买受人主张不负担标的物毁损、灭失的风险的，人民法院应予支持。

四、标的物检验

第十五条 当事人对标的物的检验期间未作约定，买受人签收的送货单、确认单等载明标的物数量、型号、规格的，人民法院应当根据合同法第一百五十七条的规定，认定买受人已对数量和外观瑕疵进行了检验，但有相反证据足以推翻的除外。

第十六条 出卖人依照买受人的指示向第三人交付标的物，出卖人和买受人之间约定的检验标准与买受人和第三人之间约定的检验标准不一致的，人民法院应当根据合同法第六十四条的规定，以出卖人和买受人之间约定的检验标准为标的物的检验标准。



第十七条 人民法院具体认定合同法第一百五十八条第二款规定的“合理期间”时，应当综合当事人之间的交易性质、交易目的、交易方式、交易习惯、标的物的种类、数量、性质、安装和使用情况、瑕疵的性质、买受人应尽的合理注意义务、检验方法和难易程度、买受人或者检验人所处的具体环境、自身技能以及其他合理因素，依据诚实信用原则进行判断。

合同法第一百五十八条第二款规定的“两年”是最长的合理期间。该期间为不变期间，不适用诉讼时效中止、中断或者延长的规定。

第十八条 约定的检验期间过短，依照标的物的性质和交易习惯，买受人在检验期间内难以完成全面检验的，人民法院应当认定该期间为买受人对外观瑕疵提出异议的期间，并根据本解释第十七条第一款的规定确定买受人对隐蔽瑕疵提出异议的合理期间。

约定的检验期间或者质量保证期间短于法律、行政法规规定的检验期间或者质量保证期间的，人民法院应当以法律、行政法规规定的检验期间或者质量保证期间为准。

第十九条 买受人在合理期间内提出异议，出卖人以买受人已经支付价款、确认欠款数额、使用标的物等为由，主张买受人放弃异议的，人民法院不予支持，但当事人另有约定的除外。

第二十条 合同法第一百五十八条规定的检验期间、合理期间、两

年期间经过后，买受人主张标的物的数量或者质量不符合约定的，人民法院不予支持。

出卖人自愿承担违约责任后，又以上述期间经过为由翻悔的，人民法院不予支持。

五、违约责任

第二十一条 买受人依约保留部分价款作为质量保证金，出卖人在质量保证期间未及时解决质量问题而影响标的物的价值或者使用效果，出卖人主张支付该部分价款的，人民法院不予支持。



第二十二条 买受人在检验期间、质量保证期间、合理期间内提出质量异议，出卖人未按要求予以修理或者因情况紧急，买受人自行或者通过第三人修理标的物后，主张出卖人负担因此发生的合理费用的，人民法院应予支持。

第二十三条 标的物质量不符合约定，买受人依照合同法第一百一十一条的规定要求减少价款的，人民法院应予支持。当事人主张以符合约定的标的物和实际交付的标的物按交付时的市场价值计算差价的，人民法院应予支持。

价款已经支付，买受人主张返还减价后多出部分价款的，人民法院应予支持。

第二十四条 买卖合同对付款期限作出的变更，不影响当事人关于逾期付款违约金的约定，但该违约金的起算点应当随之变更。

买卖合同约定逾期付款违约金，买受人以出卖人接受价款时未主张逾期付款违约金为由拒绝支付该违约金的，人民法院不予支持。

买卖合同约定逾期付款违约金，但对账单、还款协议等未涉及逾期付款责任，出卖人根据对账单、还款协议等主张欠款时请求买受人依约支付逾期付款违约金的，人民法院应予支持，但对账单、还款协议等明确载有本金及逾期付款利息数额或者已经变更买卖合同中关于本金、利息等约定内容的除外。

买卖合同没有约定逾期付款违约金或者该违约金的计算方法，出



卖人以买受人违约为由主张赔偿逾期付款损失的，人民法院可以中国人民银行同期同类人民币贷款基准利率为基础，参照逾期罚息利率标准计算。

第二十五条　出卖人没有履行或者不当履行从给付义务，致使买受人不能实现合同目的，买受人主张解除合同的，人民法院应当根据合同法第九十四条第(四)项的规定，予以支持。

第二十六条　买卖合同因违约而解除后，守约方主张继续适用违约金条款的，人民法院应予支持；但约定的违约金过分高于造成的损失的，人民法院可以参照合同法第一百一十四条第二款的规定处理。

第二十七条　买卖合同当事人一方以对方违约为由主张支付违约金，对方以合同不成立、合同未生效、合同无效或者不构成违约等为由进行免责抗辩而未主张调整过高的违约金的，人民法院应当就法院若不支持免责抗辩，当事人是否需要主张调整违约金进行释明。

一审法院认为免责抗辩成立且未予释明，二审法院认为应当判决支付违约金的，可以直接释明并改判。

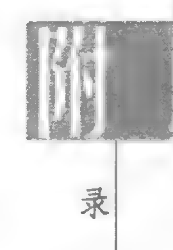
第二十八条　买卖合同约定的定金不足以弥补一方违约造成的损失，对方请求赔偿超过定金部分的损失的，人民法院可以并处，但定金和损失赔偿的数额总和不应高于因违约造成的损失。

第二十九条　买卖合同当事人一方违约造成对方损失，对方主张赔偿可得利益损失的，人民法院应当根据当事人的主张，依据合同法第一百一十三条、第一百一十九条、本解释第三十条、第三十一条等规定进行认定。

第三十条　买卖合同当事人一方违约造成对方损失，对方对损失的发生也有过错，违约方主张扣减相应的损失赔偿额的，人民法院应予支持。

第三十一条　买卖合同当事人一方因对方违约而获有利益，违约方主张从损失赔偿额中扣除该部分利益的，人民法院应予支持。

第三十二条　合同约定减轻或者免除出卖人对标的物的瑕疵担保



责任，但出卖人故意或者因重大过失不告知买受人标的物的瑕疵，出卖人主张依约减轻或者免除瑕疵担保责任的，人民法院不予支持。

第三十三条 买受人在缔约时知道或者应当知道标的物质量存在瑕疵，主张出卖人承担瑕疵担保责任的，人民法院不予支持，但买受人在缔约时不知道该瑕疵会导致标的物的基本效用显著降低的除外。

六、所有权保留

第三十四条 买卖合同当事人主张合同法第一百三十四条关于标的物所有权保留的规定适用于不动产的，人民法院不予支持。

第三十五条 当事人约定所有权保留，在标的物所有权转移前，买受人有下列情形之一，对出卖人造成损害，出卖人主张取回标的物的，人民法院应予支持：

（一）未按约定支付价款的；

（二）未按约定完成特定条件的；

（三）将标的物出卖、出质或者作出其他不当处分的。

取回的标的物价值显著减少，出卖人要求买受人赔偿损失的，人民法院应予支持。

第三十六条 买受人已经支付标的物总价款的百分之七十五以上，出卖人主张取回标的物的，人民法院不予支持。

在本解释第三十五条第一款第（三）项情形下，第三人依据物权法第一百零六条的规定已经善意取得标的物所有权或者其他物权，出卖人主张取回标的物的，人民法院不予支持。

第三十七条 出卖人取回标的物后，买受人在双方约定的或者出卖人指定的回赎期间内，消除出卖人取回标的物的事由，主张回赎标的物的，人民法院应予支持。

买受人在回赎期间内没有回赎标的物的，出卖人可以另行出卖标的物。

出卖人另行出卖标的物的，出卖所得价款依次扣除取回和保管费用、再交易费用、利息、未清偿的价金后仍有剩余的，应返还原买受人；

如有不足,出卖人要求原买受人清偿的,人民法院应予支持,但原买受人有证据证明出卖人另行出卖的价格明显低于市场价格的除外。

七、特种买卖

第三十八条 合同法第一百六十七条第一款规定的“分期付款”,系指买受人将应付的总价款在一定期间内至少分三次向出卖人支付。

分期付款买卖合同的约定违反合同法第一百六十七条第一款的规定,损害买受人利益,买受人主张该约定无效的,人民法院应予支持。

第三十九条 分期付款买卖合同约定出卖人在解除合同时可以扣留已受领价金，出卖人扣留的金额超过标的物使用费以及标的物受损赔偿额,买受人请求返还超过部分的,人民法院应予支持。

当事人对标的物的使用费没有约定的，人民法院可以参照当地同类标的物的租金标准确定。

第四十条 合同约定的样品质量与文字说明不一致且发生纠纷时当事人不能达成合意,样品封存后外观和内在品质没有发生变化的,人民法院应当以样品为准;外观和内在品质发生变化,或者当事人对是否发生变化有争议而又无法查明的,人民法院应当以文字说明为准。

第四十一条 试用买卖的买受人在试用期内已经支付一部分价款的,人民法院应当认定买受人同意购买,但合同另有约定的除外。

在试用期内,买受人对标的物实施了出卖、出租、设定担保物权等非试用行为的,人民法院应当认定买受人同意购买。

第四十二条 买卖合同存在下列约定内容之一的，不属于试用买卖。买受人主张属于试用买卖的,人民法院不予支持:

(一)约定标的物经过试用或者检验符合一定要求时,买受人应当购买标的物;

(二)约定第三人经试验对标的物认可时,买受人应当购买标的物;

(三)约定买受人在一定期间内可以调换标的物;

(四)约定买受人在一定期间内可以退还标的物。

第四十三条 试用买卖的当事人没有约定使用费或者约定不明

确，出卖人主张买受人支付使用费的，人民法院不予支持。

八、其他问题

第四十四条 出卖人履行交付义务后诉请买受人支付价款，买受人以出卖人违约在先为由提出异议的，人民法院应当按照下列情况分别处理：

（一）买受人拒绝支付违约金、拒绝赔偿损失或者主张出卖人应当采取减少价款等补救措施的，属于提出抗辩；

（二）买受人主张出卖人应支付违约金、赔偿损失或者要求解除合同的，应当提起反诉。

第四十五条 法律或者行政法规对债权转让、股权转让等权利转让合同有规定的，依照其规定；没有规定的，人民法院可以根据合同法第一百二十四条和第一百七十四条的规定，参照适用买卖合同的有关规定。

权利转让或者其他有偿合同参照适用买卖合同的有关规定的，人民法院应当首先引用合同法第一百七十四条的规定，再引用买卖合同的有关规定。

第四十六条 本解释施行前本院发布的有关购销合同、销售合同等有偿转移标的物所有权的合同的规定，与本解释抵触的，自本解释施行之日起不再适用。

本解释施行后尚未终审的买卖合同纠纷案件，适用本解释；本解释施行前已经终审，当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的，不适用本解释。

后 记

《大律师教你打官司》丛书经过长达两年时间的策划、编写、修改完善，终于要与广大读者见面了。这是几十位编写、策划和审定人员特别感到欣慰的事情。

这套丛书以在第一线从事司法实务和理论研究工作的律师同志为主体，吸收了法官、法学教师等参与编写。本书由戴玉龙、陈国强策划，何菲菲、孙兰英、李立勇、史文建、何伟强、阚宗兰、郭伟、赵县委、李建芳、戴玉松、胡萍、郑伟、陈谦等同志参与了本书的编写工作。材料来源主要是司法实践中出现的典型、疑难案例。经过编写人员的深入研究和加工完善，既能作为普通读者学习掌握法律知识的通俗读本，也可以为司法实务提供参考的借鉴。

感谢戴玉龙编辑对本书的深度加工及提出的宝贵意见，使本书能够顺利出版。书中仍然存在的不尽完善之处，敬请广大读者批评指正。

编者

2012年12月于北京